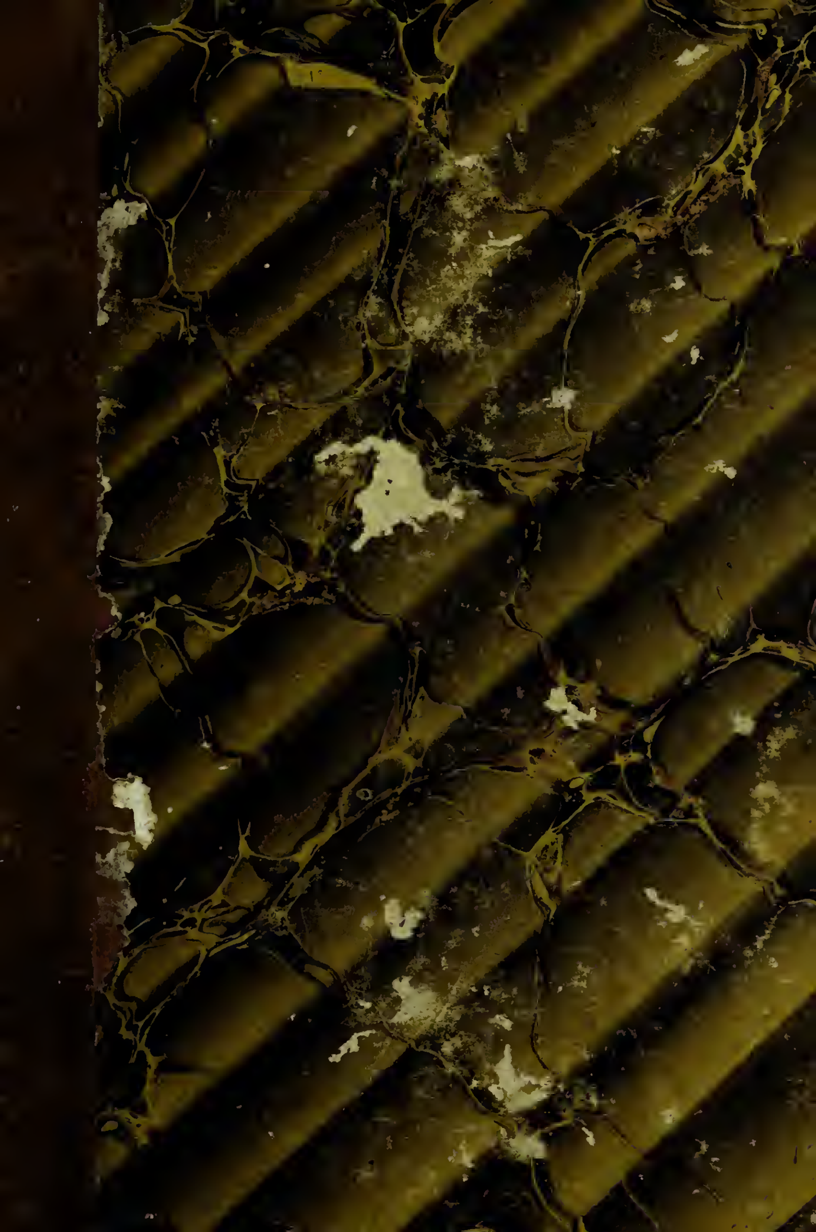




Salvador Falla

INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TOMO II.

INSTITUCIONES
DE
DERECHO REAL
DE CASTILLA Y DE INDIAS,

POR EL DOCTOR

D. JOSÈ MARIA ALVAREZ,

CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL
Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

SEGUNDA EDICION GUATEMALTECA,

PRECEDIDA DE LA BIOGRAFIA DEL AUTOR,

Y ARREGLADA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON MUCHAS NOTAS
Y VARIOS APÉNDICES
SOBRE DIVERSAS MATERIAS IMPORTANTES QUE NO CONTENIA LA OBRA,

POR EL LIC.do D.or

Don Doroteo José de Arriola,

Individuo del Ilustre Colegio de Abogados, Vice-presidente
de la Academia de Derecho teórico-práctico,
Miembro de la Cámara de Representantes de la República, &c.

TOMO II.

GUATEMALA.

IMPRENTA DE L. LUNA, EDITOR.

1854.

Vir bonus et prudens . . . .
. . . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.

HORAT. *De Art. Poet.*

LIBRO II.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TÍTULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS Y DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

PARTE I.

De la division de las cosas.

SUMARIO.

1 Razon del método.
2 Qué se entiende por **cosa** y qué por **pecunia**?
3 4 Cómo se dividen las cosas.
5 Consecuencias de esta division.
6 Qué son cosas eclesiàsticas
7 A las cosas sagradas se reducen en el dia los lugares religiosos.
8 Prohibicion de enterramientos en las iglesias.
9 Division de las cosas de derecho humano.
10 De las cosas comunes.
11 12 Continuacion de la misma materia
13 A qué distancia se estiende el derecho de una nacion sobre los mares que la rodean.
14 De las cosas públicas.
15 De éstas pueden usar tanto los nacionales como estrangeros.
16 Qué son cosas de universidad ó de concejo.
17 De los ejidos.
18 De los montes y términos públicos.
19 Disposiciones de las leyes de Indias sobre el particular.
20 Propios y arbitrios.
21 22 23 24 25 26 y 27. Continuacion de la misma materia.
28 29 Qué son arbitrios y cómo se conceden.
30 31 De los pósitos.
32 33 34 De los censos y bienes de comunidad.
35 De las cosas de cada uno.
36 Otra division de las cosas.

Hemos concluido ya el primer objeto del derecho, conviene á saber, *los derechos de las personas:* síguese el segundo, que es, *los derechos de las cosas;* pero ántes de tratarlo es necesario es-

plicar varias divisiones de las cosas, y primeramente qué entienden por *cosa* los jurisconsultos.

2—*Cosa*, en sentido jurídico, es todo aquello que existe y trae ó puede traer alguna utilidad al hombre, ahora esté en su patrimonio, ahora fuera de él: así, v. g., el agua, el aire etc., son verdaderamente cosas, aunque no estén en el patrimonio de alguno (a). Por el contrario, las cosas que verdaderamente están en nuestro patrimonio se llaman *pecunia*, y así por este nombre no se entiende solamente la moneda acuñada, sino todo aquello que está realmente en nuestros bienes (b).

3—Las cosas, unas se dicen de *derecho divino*, y otras de *derecho humano*. Las primeras son todas aquellas que se consagran ó dedican á Dios, ó á otros usos de la iglesia. Estas, aunque están en cierto modo exentas del dominio de los hombres, con todo, como existen y son de utilidad á los mismos hom-

(a) Tambien se define la *cosa*, y tal vez con mas propiedad: *todo aquello que puede ser objeto de una controversia en derecho*; y otros dicen que es, *aquello que no siendo persona ni accion, puede ser de alguna utilidad ó comodidad al hombre.*

(b) La jurisprudencia se ocupa principalmente de las *cosas*, en cuanto son susceptibles de posesion; mas luego que caen en la posesion de un hombre toman la denominacion de *bienes*, sin perder por eso la de cosas. Así es que el agua, los árboles, los animales salvages, son *cosas* miéntras nadie las posee; pero luego que alguno se apodera de ellos, pasan á la clase de *bienes*. En suma, el nombre de *cosas*, en derecho, tiene mas estension que el de *bienes*: aquel se aplica á todo lo que puede poseerse, y éste á lo que se posee y se halla en nuestro patrimonio. *Bona dicuntur ex eo quod beant homines, hoc est, beatos faciunt.* Glos. 12, á la ley 8, tít. 4, Part. 5.

bres, se llaman *cosas*. Cosas de derecho humano son, todas las que están en el dominio y comercio de los hombres, v. g., las casas, los campos, las béstias etc.

4—Las cosas de derecho divino, se dividen en *sagradas* y *eclesiásticas*. Sagradas, son todas aquellas que están destinadas al culto público de Dios, como las iglesias, ornamentos, alhajas etc. (1) (c).

5—De esta definicion se infiere: 1.º Que las cosas sagradas están fuera del dominio de los hombres, pues se tienen como donadas á Dios (2): 2.º Que no se pueden empeñar, vender, comprar ni de otro cualquier modo enagenar. Para la observancia de esto, han puesto graves penas los Reyes Católicos (3), estableciendo que ni aun ellos mismos

(1) Ley 13. tít. 28. Part. 3.

(c) Las cosas de derecho divino son ó sagradas, ó religiosas ó santas: ya se ha dicho cuales son las *sagradas*, y solo debe advertirse, que si alguna iglesia se derribase, queda no obstante sagrado el lugar donde estaba, segun la ley 13 tít. 28 Part. 3: la ley 14 siguiente dijo, que era *religioso* el lugar donde estaba sepultado un hombre ó á lo menos su cabeza; pero nosotros no reconocemos por religioso otro lugar que el consagrado ó bendecido por los obispos; y se llaman *santas* las que, mediante alguna sancion ó pena, están puestas al abrigo de la violacion de los hombres, como los muros y las puertas de las ciudades, cuyo quebrantamiento está prohibido con pena de muerte, la cual se impone cuando la violacion se hace con ánimo doloso, pero no si se hace sin él, pues en este caso, no se castiga sino con pena estraordinaria. Ley 15 allí, y glosa 2.ª

(2) Ley 12. tít. 28 Part. 3.

(3) Ll. 5. y 6. tít. 5. lib. 1. del Fuero Real. Ll. 1, 2. y 4. tít. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast. Ley 10. tít. 1. y 1. y 2. tít. 2. lib. 1. Nov. Rec. Ley 1. tít. 5. lib. 1. de la Rec. de Indias.

puedan tomar la plata y alhajas de las iglesias, si no es en casos de grande necesidad, y obligándose á restituirlas sin diminucion alguna (4).

6—Cosas eclesiásticas, se llaman aquellos bienes que están destinados para sufragar los gastos que se hacen en las iglesias, y para el sustento y manutencion de los ministros (5). No solamente de las cosas sagradas, sino tambien de éstas, está prohibida la enagenacion, á ménos que se haga por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia, ó para algun otro efecto piadoso, y siempre con licencia del superior eclesiástico, quien deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion (6).

7—A las cosas sagradas se reducen en el dia los lugares *religiosos*, que son los cementerios donde se sepultan los cadáveres de los fieles que han muerto en la comunion de la iglesia católica (7). Estos lugares son privilegiados y dignos de respeto, no solamente por estar enterrados allí los cuerpos de unos hombres que fueron templos vivos de Dios, sino tambien por estar benditos y destinados por la iglesia solamente á este uso piadoso.

8—En toda España y en América hay costumbre muy antigua de que los fieles se entierren en las iglesias, y una ley de Indias concede espresamente (8) á los vecinos y naturales de ellas, que se puedan enterrar en las iglesias ó monasterios que

(4) Ll. 7. y 9. tít. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast. Ll. 3. y 8. tít. 5. lib. 1. Nov. Rec.

(5) Ley 12. tít. 28. Part. 3.

(6) Ll. 1. y 2. tít. 14. Part. 1. y 3. tít. 5. lib. 1. del Fuero Real.

(7) Ley 14. tít. 28. Part. 3. Véase el Ritual de este Arzob. en el tít. 3. de las bendic. §. VII.

(8) Ley 1. tít. 18. lib. 1. de la Rec. de Ind.

quisieren, estando dichos lugares benditos. Pero por una Real cédula, en atencion á las epidemias esperimentadas varias veces, por el hedor que causan los cadàveres en las iglesias, se mandó (9): que se observen las disposiciones canónicas en la construccion de cementerios, segun lo mandado en el Ritual Romano (10), y una ley de Partida (11), que éstos se hagan fuera de las poblaciones en sitios ventilados y cerca de las parroquias, y que solo se esceptúen de esta regla las personas espresadas en dicha ley, y aquellas por cuya muerte deban los Ordinarios eclesiásticos formar procesos de virtudes ó milagros, las cuales se enterrarán en las iglesias. Esta disposicion está comunicada à la América por Real cédula de 15 de mayo de 1804, pero no se ha puesto en práctica hasta el dia, sino en pocos pueblos, desde luego por las dificultades que ocurren en la construccion de cementerios.

9—Las cosas de derecho humano, se dividen en comunes, públicas, de universidad y de cada uno (12).

Cosas comunes.

10—Así se llaman aquellas, cuya propiedad es de ninguno, pero el uso es de todos, hasta de los animales; como el aire, la luz y todas las que son inagotables por el uso (13). Una de estas cosas comu-

(9) Real cédula de 3. de abril de 1787. Ley 1. tít. 3. lib. 1. Nov. Rec. y Real céd. de 27 de marzo de 1789.

(10) Ritual Romano de *exequiis. Ubi viget antiqua consuetudo sepeliendi mortuos in cœmeteriis retineatur, et ubi fieri potest restituatur.*

(11) Ley 11. tít. 13. Part. 1. Real céd. de 15. de mayo de 1804.

(12) Ley 2. tít. 28. Part. 3.

(13) Leyes 2. y 3. tít. 28. Part. 3.

nes es el mar; y por eso, hablando con generalidad, ninguna nacion puede apropiarse con justo título su dominio. La naturaleza no ha concedido á personas determinadas el derecho de las cosas, cuyo uso es inocente y preciso, y cuya abundancia es suficiente para todos. La tierra no dá sin el cultivo todas las cosas necesarias, ó útiles al género humano multiplicado escesivamente; y por eso fué preciso introducir el derecho de propiedad, á fin de que cada uno se aplicase á cultivar la parte que le tocaba, y á multiplicar por medio de su trabajo los frutos útiles á la vida humana. Esta es la razon por qué el derecho natural ha aprobado su dominio y propiedad, juzgándola necesaria para la utilidad pública; pero en la propiedad y uso del mar, que por su naturaleza no es perjudicial à alguno, y cuya utilidad es inagotable, parece no haber motivo para adquirirla. Mas siendo permitido renunciar cada uno sus derechos, no hay duda que por medio de tratados se puede adquirir el esclusivo de navegacion en algunos mares, ó de pesca; cediendo unas naciones en otras los derechos que tienen de la naturaleza. En este caso, están obligadas á observar lo prometido, y tiene facultad la nacion interesada de valerse de la fuerza, á fin de que se le cumpla lo capitulado. Esto se verifica en nuestros mares de América, de los cuales compete el dominio á nuestro soberano, como lo prueba el Sr. Solórzano (14), y está reconocido en los tratados de paz con la Inglaterra en Utrech año de 1714, artículo 8, y con Holanda en el mismo año, artículo 31, en virtud de los cuales se puede impedir la navegacion en aquellos mares á las naciones

(14) Solórz. *de jure Ind.* tom. 1.

estrangeras, especialmente con título de comercio.

11—Lo dicho acerca de que el dominio no se adquiere por nacion alguna, se debe entender, hablando generalmente de todo el mar; mas no de las costas marítimas, en cuyo uso se puede decir que admite el mar algunos derechos de propiedad. Nadie puede dudar que las pesquerías, así de perlas como de coral y de peces, hechas en las costas, pertenecen á aquella nacion que las habita, como bienes anexos á las tierras de su dominio: tendrá, pues, derecho de impedir á otra la utilidad que disfruta.

12—Ademas de esto, la seguridad de las costas, exige que se pueda impedir el acercarse á ellas navíos de otra nacion, estorbando por bien del Estado este derecho natural de navegacion comun á todas las gentes. Esto se debe entender solo con los navíos sospechosos, ó que están en guerra; pero injustamente se usaría esta facultad con los neutrales, y mucho ménos con los que, arrojados por una tempestad, buscan abrigo en los puertos, como no sean declarados por enemigos, y aun entónces se les debe tratar con la mayor humanidad.

13—No se puede determinar á punto fijo, hasta qué distancia una nacion debe estender sus derechos sobre los mares que la rodean. Lo mas cierto y regular es, que la dominacion de un estado sobre el mar vecino, puede estenderse todo lo que necesite para su seguridad y resguardo; pues de otro modo no pudiera apropiarse una cosa comun como es el mar, á no ser con el fin legítimo de su seguridad. Algunas naciones han querido apropiarse el imperio del mar, especialmente en algunas grandes porciones de él, como los Venecianos que se atribuyen el del mar Adriático. El dia de hoy todo el espacio del mar á lo largo de las

costas que está á tiro de cañon, se mira como parte del territorio de una nacion, y por esta causa un navío apresado bajo del cañon de una fortaleza neutral, no se tiene por buena presa (15) (d).

Cosas públicas.

14—Se llaman aquellas cuyo uso pertenece á todos los hombres, y la propiedad solo al Príncipe, como por ejemplo, los rios, los puertos, los muros y puertas de las villas y ciudades (16).

15—De esta definicion se sigue: 1.º Que de las cosas públicas pueden usar no solamente los naturales del pueblo, sino tambien los estrangeros (17): 2.º Que aunque las riberas (e) de los rios sean de

(15) Olm. *Derecho pùb.* tom. 1. cap. 22.

(d) La costumbre generalmente admitida, dice el Sr. de Martens en su *Derecho de gentes* lib. 4 cap. 4 Secc. 4, estiende la autoridad del dueño de la costa, á un alcance de un tiro de cañon desde la orilla, es decir, á tres leguas; cuya estension sobre los mares es la menor á que una nacion puede estender su dominio. Este autor establece tambien, en la Secc. 13 del mismo libro y capítulo, que los mismos derechos que hay en las costas, competen sobre los estrechos, cuyo ancho no pasa del alcance de dos tiros de cañon.

(16) Leyes 6. tít. 28. y 20. tít. 32. Part. 3. y 3. tít. 5. lib. 6. y 3. tít. 6. lib. 7. Rec. de Cast. Leyes 5. tít. 1. lib. 7. y 2. tít. 18. lib. 6. Nov. Rec.

(17) Dicha ley 6. tít. 28. Part. 3.

(e) Por *ribera de mar* se entiende *todo aquel lugar que cubre el agua del mar cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano.* De ella pueden aprovecharse todos los hombres, sin que otro pueda impedírselo; si no es con su consentimiento; mas si fuere derribada por el mar ó de otro modo, podrá otro aprovecharse del sitio: ley 4 tít. 28 Part. 3.

aquellos cuyas son las heredades allí situadas, sin embargo, no puede impedirse el que cualquiera ligue á los árboles de ellas sus embarcaciones, y haga cuanto le convenga á su arte ú oficio (18): 3.° Que no se puede edificar en el rio cosa que impida la navegacion, ni cosa alguna en los caminos públicos, plazas, calles etc. (19).

Cosas de Universidad ó de Concejo.

16—Estas son las que pertenecen al comun de alguna ciudad ó villa separadamente (20). Se dividen en unas que son de uso comun á todos los vecinos, como los ejidos y las plazas de las ciudades, y de éstas no pueden usar los moradores de otro lugar contra el defendimiento de los ciudadanos (21); y otras que solo se administran por el Ayuntamiento ó Concejo de la ciudad, y sus frutos se destinan para utilidad del público. Las primeras se llaman *ejidos, términos públicos, montes, dehesas ó pastos* de las ciudades, villas y lugares. Las segundas constituyen el patrimonio de la ciudad, y son los *propios, arbitrios y pósitos,* á que se agregan en América los *censos y bienes de comunidad.*

17—*Ejidos.* Una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al comun, y el uso á cada uno de la ciudad, son los ejidos. *Ejido* se llama el campo que está á la salida de las ciudades, villas, pueblos, y lugares, el cual no se planta ni se labra, y es comun á todos los vecinos. Su estension debe ser tanta, cuanta se necesite para que en el caso de que crezca la poblacion, siempre quede bastante espa-

(18) Dicha ley 6. tít. 28. Part. 3.
(19) Leyes 28. tít. 28. y 22. 23. y 24, tít. 32. Part. 3.
(20) Ley 2. tít. 28. Part. 3.—(21) Ley 9. tít. 28. Part. 3.

cio para que la gente se pueda recrear, y salir los ganados sin hacer daño (22). Unas leyes señalan una, otras dos leguas á los ejidos; pero esto debe ser arbitrario, con atencion á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, número de sus habitantes etc. (f).

18—*Montes y términos públicos.* En el derecho de Castilla, se encuentran muchas disposiciones acerca de los montes y términos de las ciudades y villas, en atencion á ser muchas las utilidades que resultan de su conservacion; pues de ellos se ha de sacar la madera necesaria, así para construir navíos, como para leña. En esta virtud está mandado, que los árboles no se corten por el pié, para que puedan volver á criar, y que los campos sirvan para pasto comun de los ganados (23). Que en los términos de las villas y lugares se planten montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados, y abasto de leña y madera, con el fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo (24).

19—Las leyes de Indias del mismo modo establecen, que los montes, pastos y aguas sean comunes á todos los vecinos de cada lugar, para que los puedan gozar libremente y traer allí sus ganados. Asimismo, que los montes de fruta silvestre sean co-

(22) Ley 13. tìt. 7. lib. 4. de la Rec. de Indias.

(f) Por el artículo 1º del Decreto de 30 de abril de 1835, se determinó: que los ejidos de los pueblos no puedan exceder de una legua cuadrada, esto es, de treinta y ocho caballerías y dos tercios de otra.

(23) Casi todo el tít. 24. lib. 7. de la Nov. Rec.; pero especialmente la ley 1.

(24) Ley 15. tít. 7. lib. 7. de la Rec. de Cast. Ley 2. tít. 24. lib. 7. Nov. Rec.

munes y cada uno la pueda cojer, y llevar las plantas para poner en sus heredades (25). Está mandado tambien, que se hagan plantar árboles, como sauces etc. para que la tierra esté abastecida de leña, según el número de índios que hubiere. Se concede espresamente á los índios, que puedan cortar madera de los montes para su provecho, y solo se prohibe que los talen de forma que no puedan crecer y aumentarse (26); y se manda á los visitadores cuiden que los índios planten árboles (27) (g).

20—*Propios y arbitrios.* Las cosas que pertenecen solo al Concejo de la ciudad, se llaman *propios y arbitrios.* Por este nombre entendemos, *las heredades, casas ú otro cualquier género de hacienda que tienen las ciudades para los gastos públicos* (28).

(25) Ll. 5. 7. y 8. tít. 17. lib. 4. de la Rec. de Ind.
(26) Ll. 8, 14. y 16, tít. 17. lib. 4. de la Rec. de Ind.
(27) Ley 9. tít. 21. lib. 2. Rec. de Ind.

(g) *Monte* en rigor es, cualquier parte de tierra notablemente encumbrada sobre las demas; pero generalmente se entiende por *monte* la tierra cubierta de árboles silvestres. Llámase monte *alto* el que está poblado de árboles grandes, como encinas, robles, pinos etc.; y monte *bajo* el poblado de matas y malas yerbas. En algunas partes se llama monte *blanco* el que no es propio de ningun vecino, sino del comun ó del señor de los lugares. El que quiera proveerse de la leña necesaria, solo puede aprovechar las ramas, dejando en los árboles *horca* y *pendon*, esto es, dos ramas ó guias principales por donde crien y medren. *Dehesa* es, la parte ó porcion de tierra acotada que se destina regularmente para pasto de ganados. En las leyes de Partida se llama *defesa* y viene del verbo latino *defendere*, que significa defender ó prohibir.

(28) Ll. 1. y 2. tít. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y todo el tít. 5. lib. 7. Rec. de Cast. Véase el tít. 24. lib. 7. Nov. Rec.

21—De estas heredades ó bienes raices, se sacan unos caudales, que en realidad de verdad se deben mirar como cosa sagrada, por estar destinados á objeto de utilidad pública (29).

22—Los gastos que se deben hacer con ellos, unos son *ordinarios*, y se llaman *cargas fijas y ordinarias*, y otros *estraordinarios*. Los ordinarios son los que se hacen todos los años, así en la administracion de justicia, como en las fiestas votivas de los patronos de la ciudad, honorarios y salarios de capellan, asesor, escribanos, porteros, alcaides, médico, cirujano, maestro de primeras letras etc., y paga de usuras ó réditos de capitales que reconozcan sobre sí los caudales de propios. Los gastos estraordinarios son aquellos que ocurren impensadamente, como matanza de langosta, peste etc. (30).

23—Para arreglar los gastos de propios, se debe conocer préviamente su verdadero valor, y el de las obligaciones y cargas ordinarias á que están afectos, procurando que la asignacion de cantidades que se deben invertir, se haga con respecto al valor del total de los fondos, y siempre quede algun sobrante anual que sirva á redimir sus censos si los tuviere, y á otros fines, como luego verémos (31).

24—Sacado el importe de los gastos ordinarios, se debe señalar una cantidad fija anual para los gastos estraordinarios y menudos que ocurran; y cuando dicha cantidad asignada no alcance para sufra-

(29) Ll. 2. y 5. tít. 13. lib. 4. Rec. de Ind. Real Instr. de 30. de julio de 1760.

(30) Art. 3. de la citada Instr. de 30. de julio de 1760, y real Ordenanza de Intend. art. 34.

(31) Art. 10. y 17. de la Instr. de 30. de julio de 1760. Real céd. de 15. de setiembre de 1767, y auto acord. de 20. de mayo de 1806, espedido por esta real Audiencia.

garlos, puede el Ayuntamiento de la ciudad por sí, gastar hasta seis mil maravedís [*], que hacen veinte y dos pesos medio real de plata. Pero siendo necesaria mayor cantidad, se debe consultar á la Real Audiencia, y con su aprobacion (y no de otra suerte, pena de cobrarse de las personas y bienes de los que libraren) (32), se hará el libramiento (33).

25—Los sobrantes de propios, á mas de servir para los gastos que hemos dicho, están destinados á diversos objetos bastante interesantes. Estos son: 1.º Descargar ó estinguir los arbitrios establecidos para socorrer las urjencias, por ser muy gravosos al público (34): 2.º La manutencion de los reos pobres, que debe costearse de dichos sobrantes (35): 3.º El costo del papel sellado, que se consume en las causas de pobres y de oficio (36): 4.º Fomentar y sostener el establecimiento y propagacion de la vacuna (37); y 5.º comprar fincas útiles con que se aumenten los fondos (38).

[*] Por reales órdenes de 14. de setiembre de 1788, y de 11. de noviembre de 1787, se deroga el art. 34. de la Ord. de Intend. y se manda practicar lo dispuesto por las leyes de Indias, y por la real cédula de 12. julio de 1640. Véase las Ordenanzas municipales de 31. de diciembre de 1839.

(32) Ley 14. tít. 7. ya citada.

(33) Art. 3. del auto acord. de esta Real Audiencia de 20. de mayo ya citado, en el que se advierte: que dicha facultad de librar 6000. maravedís, se debe entender de una vez cada año.

(34) Art. 47. de la Orden. de Intend.

(35) Real cédula de 10 de diciembre de 1798.

(36) Real cédula de 25 de febrero de 1802.

(37) Real órden de 1.º de setiembre de 1803. Item de 8 del mismo mes, y reglamento impreso para este fin.

(38) Art. 47. de la Real Ordenanza de Intend.

26—Para que éstos no se inviertan en cosas ménos útiles ó no necesarias, está prohibido gastar de los propios en recibimientos de obispos, presidentes, ni oidores, pena de no recibirse en cuenta á los cabildos lo que así gastaren (39). No solo no deben hacerse gastos, ni imponerse cargas á los propios, que no estén fundadas en leyes y reales disposiciones (40); pero aun las que lo estén deben moderarse ó escluirse siendo escesivas, para que el fondo de estas rentas pueda sufragar y cubrir los principales y mas interesantes objetos á que está destinado. Asi lo dispone el artículo 33 de la Real Ordenanza de Intendentes, mandada observar en esta ciudad de Guatemala (41), con solo la diferencia establecida por varias reales cédulas (42), de que el gobierno y superintendencia de estos ramos pertenezca privativamente à las Reales Audiencias, á donde deberán ocurrir los Intendentes como corregidores, y no á las Juntas superiores de Real Hacienda, quedando derogáda en esta parte la Ordenanza de intendentes (43). Conforme á estas disposiciones que están en práctica, se ocurre à la Real Audiencia para cualquier gasto que exceda de la suma prevenida (44).

27—Finalmente, para el aumento y mejor admi-

(39) Ley 4. tít. 13. lib. 4. de la Rec. de Ind.

(40) Real cédula de 15 de mayo de 1784.

(41) Real cédula de 10. de junio de 1801, y real órd. de 25 de junio de 1805.

(42) Real órden de 14 de setiembre de 1788, y céd. de 20. de agosto de 1791.

(43) Art. 6, 28. y 34.

(44) Ley 2. tít. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y real céd. de 12. de julio de 1640, que dobla la cantidad señalada por la ley de Indias. Aut. acord. de esta real Aud. de 20. de mayo de 1806.

nistracion de los propios de las ciudades, está mandado que las rentas ó fincas de ellos se rematen y dén en arrendamiento á los mejores postores; que al remate asista un oidor y el síndico del Ayuntamiento (45), y que se dé cuenta á S. M. de todo cuanto ocurra, por el ministerio de Gracia y Justicia (46).

28—*Arbitrios* se llaman aquellos derechos que las ciudades ó pueblos que carecen de suficientes propios, imponen con facultad real sobre el vino, aceite, azúcar, carnes y demas cosas de necesidad, exigiéndolos de los consumidores y compradores hasta en competente cantidad, para satisfacer las cargas y gastos que contra sí tienen (47).

29—De los arbitrios, unos se conceden por cierto tiempo, y otros perpétuamente; y de ellos se debe decir lo mismo que de los propios, pues tienen un mismo fin y destino.

De los pósitos.

30—*Pósito* se llama un acopio de granos que se hace en las ciudades para abasto del pueblo, y para proporcionar semilla á los labradores.

31—Por derecho de Indias está mandado (48), que de los pósitos de las ciudades y poblaciones no se puedan sacar granos, si no se ofreciere tan urgente necesidad que sea preciso valerse de ellos, y en estos casos debe ser luego pagado su valor, para que, comprados y restituidos en otra tanta cantidad, estén siempre enteros y sean socorridas las necesidades que se ofrecieren.

(45) Ley 3. tít. 13. lib. 4. Rec. de Ind.
(46) Real órden de 11. de noviembre de 1787.
(47) Real decreto de 30. de julio de 1760.
(48) Ley 11. tít. 13. lib. 4. de la Rec. de Ind.

Censos y bienes de comunidad (49).

32—Estos son unos bienes que resultan del trabajo personal de los índios, á quienes se les señala en las tierras de sus respectivos pueblos una parte que labren, para que de sus frutos se junten los capitales que llaman *bienes de comunidad*.

33—Todo lo que resulta de esta hacienda, se debe poner en una arca capaz y segura; y habiendo cantidad considerable, se ha de imponer á premio por la Real Audiencia, á quien se encarga el cuidado de reconocer la plata que haya en la caja de comunidad (50).

34—Los fines y destinos mas laudables que se pueden dar á estos bienes, que solo se pueden invertir en utilidad de los índios, serán para gastos de misiones para desarraigar la idolatría de los índios, para casas de reclusion, y para seminarios en que se eduquen los hijos de caciques (51).

De las cosas de cada uno.

35—Las cosas de cada uno son aquellas, que están en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente, como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficcion, como cuando el derecho finje que una cosa está en dominio, no teniendo señor alguno; v. g., la herencia yacente (52).

36—Otra division hay de las cosas, en *corporales* é *incorporales*, y de ella se tratará en el título

(49) Tit. 4. lib. 6. de la Rec. de Ind.

(50) Ll. 4. y 5. tít. 4. lib. 6. Rec. de Ind. y real órden de 14. de setiembre de 1788.

(51) Ll. 14. y 16. tít. 4. lib. 6. Rec. de Ind.

(52) Ley 2. tít. 28. Part. 3.

2.º Las primeras son las que se pueden ver y tocar: éstas se dividen en *muebles* y *raices:* muebles son las que pueden moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar á otro; y raices son las que no se pueden mover naturalmente, ni por sí ni por los hombres (53). Las cosas incorporales son las que ni se pueden ver, ni tocar, y son los derechos y acciones (54).

(53) Ley 4. tít. 29. Part. 3.
(54) Ley 1. tít. 30. Part. 3.

PARTE II.

Del modo de adquirir el dominio.

SUMARIO.

Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, ántes de tratar de él, y del modo de adquirirlo, es necesario esplicar: 1.º Que sea *derecho en la cosa y á la cosa,* y cuantas especies haya de uno y otro: 2.º Qué es dominio, y cómo se divide: 3.º Qué cosa es modo de adquirir dominio: 4.º Cómo se dividen, y cuántos son los modos de adquirirlo.

§. I.
Qué sea derecho en, y á la cosa.

2—El primero, es una facultad que compete al hombre en una cosa cierta y determinada, sin referencia á persona alguna (1). El segundo, por el contrario, es la facultad que tiene una persona contra otra para obligarla á que le dé, ó le haga alguna cosa (2).

3—Las diferencias de uno y otro derecho son claras: 1.° Cuando tengo derecho *en la cosa*, la cosa es la que me está obligada; y cuando tengo derecho *á la cosa*, la persona.

4—2.° Por el derecho *en la cosa*, pido lo que ya es mio; y por el derecho *á la cosa*, pido que se me dé, ó se me haga aquello que otro está obligado á darme ó hacerme.

5—3.° Del derecho *en la cosa*, nacen acciones reales contra cualquier poseedor; y del derecho *á la cosa*, solamente personales contra aquella persona determinada con quien traté. Con un ejemplo que se ponga de alguna cosa en que se tiene dominio, perdida ó hurtada, y otra comprada y no entregada, se verá clara la distincion de ámbos derechos.

6—4.° De derecho *á la cosa*, no hay mas que una especie, y es la *obligacion*; pero de derecho *en la cosa*, hay varias. Cuatro se enumeran comunmente: *dominio, herencia, servidumbre y prenda.*

§. II.
Qué sea dominio y sus divisiones.

7—La primera especie de derecho en la cosa, di-

(1) Arg. de la ley 13. tít. 11. Part. 3.
(2) Arg. de la ley 33. tít. 5. Part. 5.

jimos que se llamaba *dominio:* éste es *el derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, si no es que lo impida la ley, convencion ó voluntad de testador* (3) (h).

8—Se dice *derecho en la cosa*, porque al señor le está de tal suerte obligada la cosa, que la puede estraer de cualquiera poseedor. Debe ser en cosa precisamente *corporal*, porque las incorporales no están en *dominio*, sino en los *bienes*. Se dice ademas, *del cual nace la facultad de disponer de la cosa y de vindicarla;* porque el que es señor, tiene en primer lugar, la facultad de disponer de sus cosas, usando de ellas con esclusion de cualquiera otro: la puede donar, vender y transferir à otro como quisiere; y tiene, en segundo lugar, la facultad de vindicarla, esto es, estraerla de cualquiera poseedor. Pero con todo, para varios casos se añade en la definicion: *si no es que ley, convencion ó voluntad de testador lo impida. Ley*, v. g.; ésta impide que vindiquemos las cosas que ya nos han prescrito. *Convencion;* ésta prohibe al feudatario enagenar el fundo, aunque sea dueño de él. *Voluntad de testador*, y ésta finalmente prohibe la enagenacion de una cosa dejada por el testador, con la condicion de nunca enagenarla.

9—El dominio se divide en *pleno y ménos pleno.*

(3) Ley 1. tít. 28. Part. 3.

(h) Las leyes 27 tít. 2 Part. 3, y 10 tít. 33 Part. 7, le llaman tambien *señorío* y *propiedad;* bien que esta última palabra se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entónces *nuda propiedad,* á diferencia de la *plena propiedad* que es el dominio que vá acompañado del usufructo.

El primero es, cuando la facultad de disponer de la cosa, y la de usarla están juntas en una persona. El segundo, se dá cuando estos dos derechos están separados; de suerte que una persona tenga el uno, y otra distinta el otro. Por ejemplo: en el feudo, el vasallo tiene el derecho de percibir las utilidades de la cosa, pero no el de disponer á su arbitrio de ella, sino que está dividido entre el señor y el vasallo; de manera, que no puede éste enagenar el fundo, ni hipotecarlo sin consentimiento del señor; luego ninguno de los dos tiene dominio pleno, sino ménos pleno (i).

10—Este dominio ménos pleno, se divide en *directo* y *útil*: aquel que tiene la facultad de disponer de la cosa, tendrá el dominio directo; y aquel que disfruta solamente sus utilidades, el dominio útil. El enfitéusis nos servirá de ejemplo: el señor del enfitéusis tiene el dominio directo, y el enfitéuta el dominio útil (4). Veamos ahora

§. III.

Qué cosa es modo de adquirir dominio.

11—Es digna de notarse la distincion que se encuentra entre el *título, y el modo de adquirir dominio*, y debe tenerse presente para lo que se tratará adelante. Todo dominio tiene dos causas, *próxima y remota*. Próxima, es aquella por la cual, sin mediacion de otra cosa, se consigue el dominio; y remota, se llama la que debe preceder, y me-

(i) *Feudo,* dice la ley 1.ª tít. 26 Part. 4, es, *bienfecho que dá el señor á algun ome, porque se torne su vasallo, é él face omenaje de serle leal.* E tomó este nome de *fé* que debe siempre el vasallo guardar al señor.

(4) Ley 1. tít. 28. Part. 3.

diante la cual se adquiere, v. g., si yo compro una alhaja de Ticio, y éste me la entrega, adquiero dominio. En este caso, la tradicion es causa próxima, y el contrato de compra es la remota. La causa próxima, se llama *modo de adquirir*; y la remota *título* (5).

12—Los efectos de estas dos cosas son tambien diferentes: 1.º Por el título solamente se adquiere derecho *á la cosa*; y por el modo de adquirir, *en la cosa*: 2.º El título solo dá accion *personal* contra quien tratamos, y el modo de adquirir la dá *real* contra cualquiera poseedor. Sirva, pues, de regla general: *que el título nunca dá derecho en la cosa, sino se le junta la tradicion*. Luego aunque yo haya comprado alguna cosa, ó se me haya donado ó legado, no soy señor de ella ántes que se verifique la entrega, que es la que solamente transfiere el dominio, ó el derecho en la cosa, siempre que precede título hábil para transferir el dominio; luego ni el título basta sin tradicion, ni la tradicion sin título.

13—Esto no obstante, se encuentran algunos casos, en los cuales se dá derecho en la cosa sin tradicion, por no ser ésta posible.

14—1.º En la hipoteca. Esta no se entrega al acreedor como las otras prendas, y sin embargo produce derecho *en la cosa* por solo el pacto sin tradicion, verificándose que el acreedor tiene accion real, aunque no haya recibido ni posea la cosa hipotecada.

15—2.º En las servidumbres negativas. Las servidumbres son derechos, y éstos son cosas incorporales, en que por su naturaleza no se puede ve-

(5) Ll. 46. y 47. tít. 28. Part. 3.

rificar tradicion, sino *cuási-tradicion*. Esta cuási-tradicion consiste en el ejercicio del uno, y la tolerancia del otro: v. g., si uno me prometió servidumbre de camino por su fundo, y yo en esta virtud voy, ando y ejercito la dicha servidumbre, entónces se dirá que ésta se me *cuasi entregó*. Pero esto solamente puede tener lugar en las servidumbres afirmativas, como de goteras, camino, desagüe y otras semejantes. Mas no en las que se llaman negativas, porque en ellas es imposible que se verifique tradicion, ni cuási-tradicion: v. g., si yo prometo á Ticio la servidumbre de no levantar mis paredes, en este caso no tengo que entregarle, ni él que ejercitar, sino que por solo el pacto que precedió tiene derecho *en la cosa*: es decir, con solo título.

16—3.º La cosa adjudicada por los tres juicios divisorios; y así en éstos por el hecho de adjudicarse la cosa, y sin que preceda tradicion, se adquiere el dominio. Luego al coheredero, ó al señor del fundo comun, ó al vecino de cuyo fundo se señalan los límites, pasa el derecho *en la cosa* al punto que se le adjudica.

17—4.º Las adquisiciones por testamento, son la última escepcion; y la razon consiste, en que la tradicion se debe hacer por el señor, y el muerto no puede entregar cosa alguna. Luego el heredero lo será sin tradicion.

§. IV.

Cómo se dividen, y cuántos son los modos de adquirir el dominio.

18—Los modos de adquirir el dominio, unos tienen su orígen del derecho natural y de gentes, y éstos son comunes á todas las naciones: otros se

derivan del derecho civil, y se diferencian segun las leyes de los pueblos. La tradicion, v. g., es un modo de adquirir comun á todas las naciones: por el contrario la prescripcion ó no la conocen, ó á lo ménos guardan en otros reinos distintas reglas que en España; de donde se infiere, que la tradicion es un modo de adquirir por derecho de gentes, y la prescripcion por derecho civil.

19—Los modos naturales de adquirir unos se llaman *originarios*, y otros *derivativos*. Si adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un pez etc., será modo de adquirir originario; pero si una cosa que está en dominio de otro, se nos transfiere y entrega por su dueño, será derivativo: v. g., el comprador que adquiere el dominio de la cosa comprada. En los mismos modos originarios se encuentra todavia una subdivision oportuna, porque, ó adquiero la sustancia misma de la cosa, ó su aumento y frutos: en el primer caso será un modo de adquirir *perfectamente originario*, y en el segundo será *ménos perfecto*: por ejemplo, si alguno coje un enjambre de abejas en el monte y lo encierra en su colmena, este modo de adquirir será perfectamente originario, porque lo que ha adquirido es la sustancia misma de las abejas, haciéndose despues tambien dueño de la miel que fabrican; y aquí tenemos otro modo de adquirir originario, aunque no tan perfecto como el primero, á causa de que por él se ha hecho dueño del aumento y frutos de la cosa.

20—Con lo dicho se infieren claramente los modos naturales que hay de adquirir. Uno es originario *perfecto*, y éste se llama *ocupacion*: otro hay originario *ménos perfecto*, y éste se llama *accesion*; y otro *derivativo*, que se llama *tradicion*.

§. V.

De la ocupacion, primer modo de adquirir el dominio.

21—La ocupacion es, *la aprehension real de una cosa corporal de ninguno, con ánimo de adquirirla para sí* (6). Se llama *aprehension real* la ocupacion, y ésta debe ser tal, cual lo requieran las circunstancias de la cosa: v. g., que coja la fiera, que ponga los pies en el fundo etc. Pero se añade, *con ánimo de adquirirla para sí*, porque si falta éste, por la sola aprehension, nada se adquiere; de la misma suerte que el ánimo solo no basta sin la aprehension: si un loco, v. g., levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya porque le falta el ánimo de adquirir; por el contrario, si uno desde léjos vé una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de cojerla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la aprehende: se añade, finalmente, que la cosa debe ser *de ninguno*, porque si ya tuviere dueño, será hurto y no ocupacion. De aquí nacen tres axiomas, que sirven en toda la materia de ocupacion (j).

(6) Ley 17. tít. 28. Part. 3.

(j) Las razones que hay para dar la propiedad de una cosa que no tiene dueño, al primero que se apodera de ella, son: 1.ª evitarse la pena de esperanza engañada: 2.ª precaver los combates con los concurrentes sucesivos: 3.ª producir goces seguros: 4.ª estimular la industria y fomentar el aumento de la riqueza general; y 5.ª prevenir la opresion contínua en que estaria el débil, si no se adjudicase al primer ocupante la cosa no apropiada, pues entónces seria del mas fuerte. Escriche, Diccionario razonado de legislacion, palabra *Ocupacion*.

22—1.º *Las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa* (7). Pero una cosa puede ser de ninguno, *ó por naturaleza*, como una fiera en el monte, *ó por tiempo* como un tesoro de cuyo dueño no hay memoria; ó porque su primer dueño ha querido abandonar su cosa y escluirla del número de sus bienes (8). Para todos estos casos, vale el axioma sobredicho: *lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.*

23—2.º *La ocupacion se debe componer de ánimo, y aprehension ó acto corporal* (9). La razon es, porque miéntras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas á uno que á otro; y si no hay ánimo ó intencion de apropiársela, el acto no es humano, y asi no puede producir efecto alguno civil (10).

24—3.º *Aquellas cosas cuya posesion no se puede conservar, tampoco se pueden ocupar.* Y es la razon, porque de nada aprovecha haberlas tomado, si no puede retenerse la posesion.

25—Las especies que hay de ocupacion, son tres: *caza, ocupacion bélica, é invencion. Caza*, se llama la aprehension de béstias fieras; y como éstas ó son cuadrúpedos, ó aves, ó peces, de aquí nace que la *caza*, es de tres maneras: caza propiamente dicha, que es la de cuadrúpedos; caza de aves, y pesca de animales del agua (11) (k). *Ocupacion*

(7) Ley 5. tít. 18. Part. 3.
(8) Leyes 49. y 50. tit. 28. Part. 3.
(9) Ley 49. tít. 28. Part. 3.
(10) Leyes 17. 20. 49. y 50. tít. 28. Part. 3.
(11) Ley 17. del mismo tít.

(k) La *caza*, que es el perseguimiento y ocupacion ó captura de las aves, fieras y otros animales, se llama *mayor* si es de jabalíes, venados, lobos, ciervos etc., á la

bélica, es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra, y la *invencion* que es de cosas muebles, que ó no han estado en dominio de alguno, ó si lo estuvieron, fueron abandonadas por su dueño. Así se adquieren las perlas y otras piedras preciosas que arroja el mar.

26—La primera especie de ocupacion dijimos que era la *caza*; y siendo ésta de béstias fieras, veamos cuales lo sean, de qué manera se hacen nuestras, y como perderémos su dominio.

27—Las béstias se dividen en fieras, mansas, y amansadas. *Fieras* son aquellas que no se cojen sino por fuerza, y cuando se van, no tienen ánimo de volver; v. g., un pájaro, un leon. *Mansos* son los animales domésticos que van y vuelven, como los perros, gallinas, etc. *Amansados* son aquellos que por su naturaleza son salvajes; pero criados en las casas se amansan, como los pavos, las palomas monteses etc. (12). De todas estas especies de animales, solo los feroces se pueden ocupar por la caza (13), no los mansos ni amansados (l).

28—Como hemos dicho que las cosas que son

cual se dá el nombre de *montería;* y *menor* si es de liebres, conejos, perdices, palomas etc. Se llama *cetrería* la caza de pájaros con halcones ú otras aves de rapiña.

(12) Leyes 17. 19. 23. y 24. tít. 28. Part. 3.

(13) Ley 22. tít. 28. Part. 3.

(l) *Fieros* son aquellos animales, que por instinto vagan libremente, sin apetecer la compañía del hombre: *mansos ó domésticos*, los que nacen y se crian en las casas, ó bajo nuestro poder; y *amansados* ó *doméstícados*, los que siendo fieros y salvajes por naturaleza, se reducen, crian y acostumbran á la vista y compañía del hombre, y adquieren la habitud de ir y volver á los abrigos que se les proporcionan.

de ninguno, ceden al primero que las ocupa, se infiere claramente que las fieras, luego que alguno las coje, las hace suyas (14). Pero esto se ha de entender conforme á derecho. Se supone que las fieras son cosas de ninguno; lo cual, atendido el derecho de gentes, no tiene duda; pero como en todos los reinos que han sido adquiridos por conquista, ó por sucesion hereditaria, nada hay que sea de ninguno, sino que todo se halla ocupado por el Príncipe, de aquí nace que en el reino de España, que ha sido adquirido de los modos dichos, todo está ya en el dominio del Rey, y así puede privar á los particulares del uso de todas aquellas cosas que en otras circunstancias fueran de ninguno, ó imponer leyes que lo arreglen.

29—Segun este principio, está concedida la facultad de cazar y pescar con varias limitaciones: 1.ª Que no se cace en tiempo de cria: 2.ª Que no se armen cepos grandes en los montes: 3.ª Que para la pesca no se use de cal viva, tósigo, veneno, ú otras cosas perjudiciales (15) (m).

30—En la América hay otra especie de pesca, que es la de perlas. Esta se halla concedida por el Rey, tanto á los españoles, como á los índios (16), pagando á la real hacienda el quinto de las que pescaren, y sacando licencia del gobernador y ofi-

(14) Ley 17. tít. 28. Part. 3.

(15) Leyes 1. 2. 6. y 9. tít. 8. lib. 7. de la Rec. de Cast. Leyes 1. 3. y 8. tít. 30. lib. 7. Nov. Rec.

(m) Por Decreto de 30 de abril de 1835, está dispuesto lo siguiente: 1.º Es prohibida en el Estado la pesca con sustancias venenosas, como cal, amol, chilapate, maguey etc. 2.º El que la hiciere sufrirá una multa de cien pesos, ó seis meses de prision.

(16) Leyes 29. y 30. tít. 25. lib. 4. Rec. de Indias.

ciales reales de la provincia; pero las que fueren muy buenas, deben ser para el Rey por su justo precio (17). La justicia de estos derechos se infiere de lo dicho arriba. Quede, pues, asentado: que todo aquel que tuviere derecho de cazar ó de pescar hace suyo lo que prende, porque lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa (n).

31—Del mismo principio se infiere, que se pueden cojer las fieras aun en el fundo ajeno (18); pero esto se entiende con dos condiciones: la primera, que no haga daño á las siembras; y la segunda, que no se lo prohiba el señor del fundo; porque si se lo impidiere, como puede, en virtud del dominio que tiene en su cosa, todo cuanto cazare debe ser del dueño del fundo que le impidió la caza (19) (o).

(17) Ley 29. tít. 25 lib. 4. Rec. de Indias.

(n) Debe tenerse presente, respecto del buceo de perlas, lo dispuesto en el Decreto de las Córtes de España de 16 de abril de 1811, el cual declara ser libre esta pesca en todos los dominios de Indias, y lo mismo la de la ballena, y particularmente la de nutria y lobo marino; y por él se derogan las leyes del tít. 25 lib. 4. de la Recop. de Indias, en cuanto se opusieren á las disposiciones contenidas en dicho Decreto.

(18) Ley 17. tít. 28. Part. 3.—(19) Dicha ley 17.

(o) Cobarrubias es de dictámen, en el cap. *Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2 §. 8, que aunque se haya prohibido la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, ya entrado en él, se hacen las fieras de quien las coje; pero esta doctrina que es conforme con las disposiciones de derecho romano, no lo es con las de nuestro derecho español, segun se advierte en las leyes 11, 17 y 22 tít. 28 Part. 3, y glosa de Gregorio Lopez. La ley 21 del mismo tít., establece tambien, que hace suya la fiera, el que la aprehende enredada en un lazo que otro

32—Por la razon contraria no se pueden cazar las béstias mansas, ni amansadas, pues éstas tienen dueño, y será hurto el aprehenderlas (20).

33—Aunque hemos dicho arriba que para la ocupacion es absolutamente necesaria la aprehension, con todo, por nuestro derecho el que hirió la fiera es dueño de ella miéntras la sigue, y ninguno otro la puede prehender y ocupar, como disponia la ley de Partida (21), teniéndose desde luego en éste caso por ocupada ya por el cazador (22). La regla que tenemos para saber hasta cuando permanecerán en nuestro dominio las fieras, es ésta: miéntras que la fiera no ha recobrado su natural libertad, es nuestra; si se huye y escapa de la guarda en que la teníamos, la perdemos, y es del que primero la coja (23) (p).

hubiere puesto; aunque añade, que en algunos lugares se usa lo contrario. Gregorio Lopez en las glosas 1 y 3 se inclina á favor de esta costumbre; mayormente cuando estaba tan enredada la fiera que no podia escapar, y principalmente si el que puso el lazo estaba á la vista.

(20) Ley 24. tít. 28. Part. 3.

(21) Ley 21. tít. 28. Part. 3.

(22) Ley 16. tít. 4. lib. 3. del Fuero Real.

(23) Ley 23. tít. 28. Part. 3.

(p) Las abejas se cuentan entre los animales fieros; pero el dueño de un colmenar conserva el dominio de los enjambres que se le escapan miéntras los persigue, y tiene á la vista, pudiendo entrar á recojerlos en campo ageno, cuyo amo no tiene facultad para prohibírselo: ley 17 tít. 4 lib. 3. del Fuero Real. Mas si el dueño deja de perseguirlos, se hacen del primero que los ocupa, metiéndolos en colmena ó en otra cosa, aunque posaren en árbol ajeno, si no es que el amo del árbol estando delante se lo estorbare; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho: ley 22 tít. 28. Part. 3.

34—Por lo que hace á las amansadas, serán nuestras miéntras conservaren la costumbre de ir y volver á la casa de su dueño; pero si la perdieren y ya no volvieren, perderá su dueño el dominio que en ellas tenia, y las podrá ocupar cualquiera que las encuentre (24).

35—La segunda especie de ocupacion, dijimos que se llamaba *ocupacion bélica*, y es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra (25), por finjir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo (q). De aqui se deducen varias conclusiones:

36—1.ª Todo lo que se toma de los enemigos se hace nuestro (26). Decimos que lo que se toma de los *enemigos*, porque este derecho no tiene lugar en las guerras civiles.

37—2.ª El enemigo tiene derecho de recobrar sus cosas que le han sido tomadas, pues nosotros somos tambien enemigos suyos; y así, si las recobra no comete hurto.

38—3.ª El dominio de las cosas quitadas á los enemigos se adquiere habiéndolas tenido una noche, ó puéstolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; de suerte, que si otro de los nuestros

(24) La misma ley 23. del tít. 28. al fin.

(25) Ley 20. tít. 28. Part. 3.

(q) Véase á Puffendorf, *Derecho natural* y *de gentes*, lib. 4 cap. 6 §. 14. Ademas de lo que dice este autor en el lugar citado, debemos advertir, que la ocupacion bélica no será justa, si la guerra no lo es; y que aun en este caso, solo podrán ocuparse las cosas que sean indispensables para debilitar al enemigo. VATTEL, *Derecho de gentes* lib. 3. cap. 3.

(26) Ley 1. tít. 26. Part. 2.

se las quita despues de haber trasnochado en su poder, ó despues de que ellos las hayan asegurado, no deben ser del que primero las perdió sino del que las rescató (27). Pero esto tiene lugar cuando la guerra ó corso es por tierra, porque si fuere por mar no se adquieren las cosas, hasta llegar al puerto y asegurarlas (28). La razon de la variedad de estos derechos es, porque en tierra es mas fácil asegurar las cosas que en el mar, en el cual miéntras no se llega al puerto, pueden venir los enemigos al alcance y recobrar lo perdido, pues tienen derecho á ello como hemos dicho [*].

39—4.ª La presa que se toma en la guerra, sea por mar ó por tierra, no es de los soldados que despojan á los enemigos, sino de aquel á cuya costa se hace la guerra (29), y siempre es del Rey la quinta parte de todo lo mueble, aun cuando no la costée, y todas las ciudades, villas y demas raices que ganaren (30), le pertenecen enteramente.

40—Pero deseando nuestro Rey la seguridad de las embarcaciones de sus vasallos, ha procurado fomentar á los que se aplican á hacer el corso, y á mas de dispensarles su proteccion y auxilios para el armamento y habilitacion de sus buques; recompensas de honor á los que se distinguieren en ac-

(27) Ley 26. tít. 26. Part. 2.
(28) Ley 13. tít. 9. Part. 5.
[*] La adquisicion de las ciudades, villas, lugares etc. y demas raices, no tiene éfecto, hasta que se confirma por los tratados de paz; pues miéntras dure la guerra no ha perdido su soberano la esperanza de recobrarlas, ni el derecho sobre ellas. Olmeda tom. 2. lib. 2. cap. 11.
(29) Leyes 27. y 29. tít. 26. Part. 2.
(30) Leyes 4. y 5. tít. 26. Part. 2. Ley 20. tít. 4. lib. 6. Rec. de Cast. Ley 2. tít. 8. lib. 6. Nov. Rec.

ciones particulares, dando gratificaciones á los que lograren ventajas sobre los enemigos, ha cedido cuanto le pertenece por razon de su quinto de las mismas presas; de suerte, que en los corsarios se verifica que cuanto cojen á los enemigos lo hacen suyo (31).

41—La tercera especie de ocupacion es la *invencion*, que segun dijimos es: *la aprehension de las cosas muebles, que* ó *nunca han sido de alguno*, ó *fueron abandonadas por su dueño* (32). En la invencion, pues, se requiere: 1.º ànimo de adquirir: 2.º aprehension verificada con acto corporal; y 3.º cosa mueble de ninguno. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demas que se encuentran en las riberas del mar, ó de los rios (33) (r).

42—Asimismo se hacen nuestros los tesoros. *Tesoro* se llama un depósito muy antiguo de dinero, de cuyo dueño no hay memoria. De donde se infie-

(31) Ley 21. tít. 4. lib. 6. Rec. de Cast. Real cédula de 1.º de julio de 1779, en donde se incluyen las ordenanzas de corsarios. Véase el principio y el art. 46, y la ordenanza novísima de 12. de octubre de 1796, y la adicion de 21 de mayo de 1799. Ley 3. tít. 8. lib. 6. Nov. Rec.

(32) Arg. de las leyes 5. y 49. tít. 28. Part. 3.

(33) Ley 5. tít. 28. Part. 3.

(r) Muchas veces abandonan los dueños las cosas muebles ó raices que les pertenecen, sin ánimo de conservarlas ni de recuperarlas, y en este caso adquiere el dominio el primero que las ocupa; pero es absolutamente necesario que se prueben dos cosas: 1.º Haber sido realmente abandonadas: 2.º Haberlas querido abandonar el señor, sin ningun apremio ni temor grave: leyes 49 y 50 tít. 28 Part. 3. Así, pues, no se reputan objeto de la invencion ó hallazgo las arrojadas al mar en una tempestad, cuyo acto se llama *echazon*, para alijerar la nave, ni las desamparadas en otro inminente pe-

re, que si la moneda encontrada es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquirirá cosa alguna el que la encuentre; pues, ó existirá su dueño, ó sus herederos á quienes se debe entregar (s).

43—Los tesoros, guacas, o depositos que los indios tenian en sus entierros, y las minas de oro y plata etc., en España é Indias pertenecen al Rey; pero siempre tiene parte el inventor, como verémos.

44—Por lo que hace á los tesoros en España, el que supiere que lo hay en la villa ó lugar donde mora, lo debe hacer saber por ante escribano á la justicia de aquel lugar; y si se hallare, se le debe dar por galardon la cuarta parte de lo que así se encuentre (34). Pero en la América, cualquiera que

ligro, las cuales son siempre del dueño y no del que las saca ó las encuentra en la playa; pues no las echó aquel con el ánimo de que ya no fuesen suyas, sino por librarse de un riesgo que le amenazaba. Lo mismo debe decirse de las arrebatadas por las fieras, y de las abandonadas por miedo de ladrones ó enemigos: leyes 49 y 50 citadas, 7 tít. 9. Part 5. y 1 tít. 8 lib. 9 Nov. Rec.

(s) Para la adquisicion del *tesoro*, se siguen las reglas siguientes: hallado en terreno propio pertenece íntegramente al inventor; en terreno ajeno, llevará la mitad el dueño del predio por derecho de accesion ó agregacion, y la otra mitad por derecho de ocupacion el que le halló, si hubiese sido efecto de casualidad y sin buscarlo de propósito; en este último caso sería todo del señor de la heredad. Estas mismas reglas se observarán cuando el tesoro sea hallado en propiedad del Estado, ó comun de algun Concejo: ley 45 tít. 28 Part. 3; pero véase la ley 1 tít. 12 lib. 8 de la Recop. de Indias, que pone la forma y circunstancias en descubrir tesoros, y parece haber sido la que ha gobernado en la materia.

(34) Ley 1. tít. 13. lib. 6. de la Rec. de Cast. Ley 3. tít. 22. lib. 10. Nov. Rec.

intente descubrir tesoros, debe capitular primero con el Rey, ó con los vireyes, presidentes ó gobernadores, la parte que se le ha de dar de lo que sacare, y debe dar fianzas bastantes, de que satisfara los daños que de buscar el tesoro se siguieren en las casas ó posesiones de los dueños donde presumieren que está, como fuere tasado por personas de inteligencia nombradas para ello, y hará el descubrimiento por su cuenta, pagando todas las costas y gastos necesarios. El descubrimiento se hara ante una persona de satisfaccion, elegida por el gobernador, la cual irá y asistirá con el descubridor, llevando cuenta y razon de lo que hallare, con órden de que lo haga valuar y tasar, y al descubridor se le dara la parte que le pertenece conforme a lo resuelto, ó por concierto ó capitulacion se le hubiere concedido, fuera de los derechos y quintos del Rey (35).

45—De las guacas ó tesoros que se hallan en sepulturas, casas, ó templos de índios, ó en otros lugares en que ofrecian sacrificios á sus ídolos, sean buscadas de propósito, ó halladas acaso, de lo que fuere metales de oro y plata, fundidos ó labrados, piedras y perlas, se ha de pagar al Rey el quinto, y uno y medio por ciento de fundicion, ensayador y marcador, si no constare estar ya pagado, sacando primero el uno y medio, y luego el quinto; y del cobre, plomo y estaño, uno por ciento, y el quinto; y de lo restante se aplica á la real hacienda la mitad de todo, sin descuento de cosa alguna, y la otra mitad es para la persona que lo descubriere (36).

46—Las minas están declaradas por propias del Rey, así por su naturaleza y orígen, como por su

(35) Ley 1. tít. 12. lib. 8. Rec. de Indias.
(36) Ley 2. tít. 12. lib. 8. de la Rec. de Indias.

reunion á la corona (37). Sin separarlas de su real patrimonio las tiene concedidas á sus vasallos en propiedad, de tal manera, que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, ó de otra cualquiera manera enagenarlas (38), entendiéndose esta concesion bajo la calidad de pagar el quinto de todo el oro y plata que se sacare, fuera de los gastos (39). Tambien deberá pagar el que descubriere mina, el terreno que ocupare, sea del comun ó de algun particular, y los daños que se sigan á tasacion de peritos (40).

47—Adviértase que los bienes *mostrencos*, que son aquellos cuyos dueños se ignoran, no pertenecen á la invencion; pues hechas las diligencias prevenidas, y tenida la cosa de manifiesto, y pregonada una vez cada mes por espacio de un año, no pareciendo su dueño, se entregará á la cámara y fisco del Rey (41) [*] (t).

(37) Ley 4. tít. 13. lib. 6. Rec. de Cast. Ley 3. tít. 18. lib. 9. Nov. Rec. y Real ordenanza de minas, de 22. de mayo de 1783. tít. 5. art. 1.

(38) Dicha Real ordenanza de minas tít. 5. art. 2.

(39) Art. 3. y 14. del tít. 6. y el 19. lib. 4. Rec. de Indias.

(40) Véase el art. 14. del tít. 6. de la misma ordenanza.

(41) Leyes 6. y 7. tít. 13. lib. 6. Rec. de Cast. Leyes 2. y 4. tít. 22. lib. 10. Nov. Rec. y ley 6. tít. 12. lib. 8. Rec. de Indias.

[*] Por el art. 4. de la Real Instruccion de 26 de agosto de 1786, inserta en la ley 6. tít. 22. lib. 10. Nov. Rec., se señala el término de 14 meses, para que se pregonen los bienes *mostrencos*.

(t) Estos bienes se llaman *mostrencos*, porque se deben *mostrar* ó poner de manifiesto y pregonar para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlos. No han de confundirse los *mostrencos* con los bienes *vacantes* ni con los *abintestatos*, aunque todos éstos

§. VI.

De la accesion, segundo modo de adquirir el dominio.

48—El segundo modo de adquirir originario, se llama *accesion:* ésta es un *derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á nuestra cosa.* La razon en que se funda esta adquisicion es, porque es muy natural que de quien es lo principal, sea tambien lo accesorio: v. g., de quien es el árbol, de él es el fruto. La accesion es de tres maneras: *natural,* que proviene de obra de sola la naturaleza, como el feto de un animal: *artificial,* que es un aumento causado á nuestra cosa por sola la industria, como si alguno escribe en nuestro papel; y *mista,* cuando concurre la naturaleza y la industria á pro-

suelen entenderse vulgarmente con el nombre general de *mostrencos.* Bienes *vacantes* son los inmuebles ó raices que no tienen dueño conocido; y bienes *abintestatos* se dicen, los que quedan sin dueño por la muerte de uno que no ha hecho testamento y no tiene herederos que le sucedan. Los bienes de las tres clases se asemejan en que carecen de dueño, á lo ménos conocido; y se diferencian en que los mostrencos son muebles, los vacantes raices, y los abintestatos pueden ser muebles y raices. Ademas, los mostrencos suelen hallarse en tal estado por pérdida ó estravío, los vacantes por causa tal vez ignorada, y los abintestatos por muerte de su dueño. Finalmente, téngase presente, que por Decretos de 1.º de marzo de 1832 y 1.º de diciembre de 1835, el Estado destinó á beneficio de la Academia, hoy de la Universidad, el derecho que tenia en los bienes mostrencos y vacantes, el que le toca en los decubrimientos de tesoros y en las herencias de intestados sin descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el cuarto grado de la computacion civil.

ducir algun aumento, por ejemplo, en un campo sembrado y cultivado (u).

49—La accesion puramente natural, tiene varias especies, y son el feto, la isla, el aluvion, la fuerza del rio y la mutacion de madre.

50—El *feto* es una especie de accesion que resulta por la géneracion de una sustancia animada, y se ha tenido siempre por parte de la madre y como una accesion suya; y de aquí resulta el axioma siguiente: *todo lo que nace de un vientre que está en nuestro dominio, es nuestro.*

51—De donde se infiere, que todo lo que nace de un animal, es del dueño de éste, es decir, de aquel que lo tiene en su dominio: v. g., el ternero es del señor de la vaca, y al señor del toro nada se le debe, si no es que haya pacto entre los dos señores, ó costumbre de pagar alguna cosa en este caso (42).

52—La segunda especie de accesion natural es la *isla* que nace de nuevo. Esto puede acaecer, ó en un rio ó en el mar, ó dividiéndose el rio y uniéndose mas abajo. La isla que nace en el rio se con-

(u) Algunos autores distinguen la accesion en *discreta*, que es el derecho que tenemos á las cosas que nacen de las nuestras, como á las crias de nuestras vacas y otros animales, y á los frutos que producen nuestros campos; y en *contínua*, que es el derecho que tenemos á las cosas que juntándose ó uniéndose á las nuestras, constituyen con ellas un solo cuerpo, como sucede en el aluvion, en la avulsion ó fuerza manifiesta de los rios, en las islas que nacen en ellos, en la mutacion del álveo ó cauce de los mismos etc. Llámase *discreta* por la separacion de cuerpos, y *contínua*, porque resulta de la union de dos ó mas cuerpos diferentes.

(42) Ley 25. tít. 28. Part. 3.

sidera como accesoria á las heredades que están situadas á una y otra parte de las riberas. Esto se ha establecido así, desde luego, porque esta isla se considera que resulta de la tierra que las corrientes del rio han llevado á aquellas heredades. Y así, si nace en el medio del rio, los que poseen fundos en uno y otro lado la dividen, segun sea el tamaño de sus fundos, á proporcion (43). Si la isla se acerca mas á una ribera que a otra, de suerte que esté en la una mitad del rio, la dividirán entre sí solamente aquellos que tienen sus heredades á esta parte; y siempre que ni esté en el medio, ni á un lado perfectamente, se hara la medida y division, con proporcion al tamaño de las heredades, y al lugar de la isla (44).

53—La que nace en el mar, será muchas veces de ninguno, siendo este comun (45); pero si apareciere en el mar ocupado por algun Principe, será de éste: por ser regla general que el dueño de lo principal lo es tambien de lo accesorio.

54—*Aluvion* y *fuerza del rio.* La tercera y cuarta especie de accesion natural, es el acrecimiento que los rios causan poco á poco y sin sentir, y el que resulta de una avenida repentina. En el primer caso, esto es, cuando poco á poco se aumenta algo á mi heredad por el rio, ninguno puede saber de qué campo lo ha llevado para añadírselo al mio, por lo cual el aumento que resulta en este caso cede al campo á que se allega (46). Por el contrario, si el rio violenta y repentinamente arranca una parte á la heredad vecina y la añade á la mia,

(43) Ley 27. tít. 28. Part. 3.
(44) Ley 27. del mismo tít. y Part.
(45) Ley 29. de dicho tít. y Part.—(46) Ley 26. de id.

puede el dueño de la heredad disminuida, vindicar esta parte que le ha llevado la fuerza del rio. Luego no se hará dueño de este aumento el señor de la heredad aumentada, si no es por prescripcion, si el dueño no reclamare la parte arrancada, y miéntras tanto se arraigaren los árboles en el fundo á que fueron llevados (47). Mas lo que se ha dicho del aluvion, solo tiene lugar en los campos que no tienen mas límites que el rio á que llaman *arcifinios*; pues si fueren de los que tienen cierto límite, lo que se les aumentare será público.

55—La última especie de accesion es la *mutacion de corriente de los rios*, que sucede cuando toman nuevo camino y dejan seco el antiguo. En este caso, todo aquel espacio que ocupaba ántes el rio, se considera como accesorio de las tierras contiguas; y así lo dividen entre sí á proporcion del frente de cada uno de los campos (48).

56—Hemos visto ya las accesiones naturales: síguense ahora las puramente industriales. De éstas hay tres especies, y son *adyuncion*, *especificacion*, *y conmistion*. Adyuncion es, cuando la cosa ajena se junta á nuestra materia; y esto puede ser ó por *inclusion*, como si una piedra ajena se engasta en un anillo mio; ó por *soldadura*, como si un pié ajeno se le acomoda soldándolo con el mismo metal á un candelero mio; ó por *intestura*, como si los hilos de púrpura ajena se tegen en mi paño; ó por *edificacion*, como si edifico en suelo ajeno con materiales mios, ó en suelo mio con materiales ajenos; ó por *escritura*, como si se escribiese en papel ajeno; ó por *pintura*, como si un pintor

(47) Véase toda la ley 26. tít. 28. Part. 3.
(48) Ley 31. tít. 28. Part. 3.

dibujase ó pintase en tabla de otro.

57—En todos estos casos, lo accesorio sigue á lo principal: por *principal*, se entiende la misma cosa existente por sí y sin dependencia de otra; y por *accesorio*, aquello que es un agregado suyo para ornato ó complemento. Así, una tela es lo principal, y el bordado lo accesorio: el brazo de una estatua es lo accesorio, y ésta lo principal. De donde se sigue, que la cosa unida a nuestra materia, ya sea por soldadura, ya por inclusion, se hace nuestra siempre que con buena fé haya sido unida; pues de lo contrario, esto es, si sabiendo que la cosa era ajena se unió á la suya, no adquiere el dominio, ántes bien siendo la cosa accesoria del que la unió con mala fé pierde el dominio de ella, y presume el derecho que la quiso donar, cuando á sabiendas, la unió a materia ajena (49). De esta regla general solo se esceptúa la pintura, que debiendo ceder à la tabla, en consideracion á su nobleza, no cede sino la tabla á la pintura (50). En todos los demas casos vale la regla dada ántes; y así, lo que se ha unido á nuestra cosa principal, no lo puede vindicar su dueño, porque en virtud de la accesion hemos adquirido dominio (v). Pero como sería cosa injusta que uno se enriqueciese con daño de otro, por medio de varias acciones, nos concede el derecho

(49) Véanse las leyes 35. 36. 37. 38. 42. y 43. tít. 28. Part. 3.

(50) Ley 37. tít. 28. Part. 3.

(v) En la soldadura, ademas de la buena fé, se requiere que sea hecha con el mismo metal de que es la pieza, lo cual se significa en latin con la palabra *afferruminatio;* pues si se hace con otro diverso, cuya soldadura se llama *plumbatura*, aunque haya buena fé, no se adquiere el dominio, sino que debe deshacerse

que nos indemnicémos: y por tanto, si el señor de la materia está en buena fé, puedo obligarle á que me pague el valor de mi cosa que adquirió por derecho de accesion. Si procedió de mala fé, no la hizo suya, y tengo contra él accion de hurto (51).

58—En la edificacion hay varias cosas singulares. En ella, por cuanto importa que las ciudades no se deformen con ruinas, está establecido que cualesquiera materiales que uno tome ajenos y los acomode en su casa, una vez asentados, no se le puedan vindicar por su dueño, porque sería necesario arruinar el edificio; y así adquiere el dominio de ellos, ahora sea con buena ó mala fé; pero está obligado á pagar el duplo de dichos materiales, ó cuanto su dueño jurare delante el juez que recibió de daño, por aquellos materiales que le fueron tomados (52).

59—Pero si alguno edificó en suelo ajeno, siendo poseedor de buena fé, puede retener el edificio hasta que se le pague el valor de los materiales que ceden al señor del suelo. Mas siendo de mala fé,

y entregar cada pieza á su antiguo dueño. En la escritura, si el dueño del libro quiere quedarse con él, deberá pagar al que escribió, tasándose ántes por peritos; mas si el escrito fué secreto, ó el que lo hizo tuviese mucho interes en conservarlo, dicta la equidad, á falta de leyes, que se le deje, pagando al dueño el valor del libro.

(51) Ley 35. y 36. del mismo tít. y Part.

(52) Véase la ley 16. tít. 2. Part. 3., de la que se colige, que si con buena fé se tomaron los materiales, se debe el duplo; y si con mala, todos los daños y perjuicios seguidos al dueño. El Sálas opina, que está en arbitrio del actor recibir el duplo ó el interes, y que en práctica no se pagará mas que la estimacion de la cosa si se tomó con buena fé. En el §. 29. tít. 1. lib. 2.

lo debe perder todo en pena del dolo con que sabiendo que el suelo era ajeno, edificó en él.

60—La segunda especie de accesion industrial es la *especificacion* y es, cuando alguno de materia agena hace una nueva especie: v. g., del oro ó plata ajena, un vaso: de la lana ajena, paño. Pero se debe notar que solo habrá especificacion cuando se dé una nueva forma á la materia, como en los ejemplos puestos: v. g., ni el vaso ni el vestido existian antes; luego la plata y la lana tomaron una nueva forma. Mas si persevera la antigua, no será especificacion, como si alguno saca el trigo de las espigas ajenas. En el caso, pues, de verdadera especificacion, se debe distinguir si la especie se puede reducir á su primera forma, ó no; si se puede, debe ser del señor de la materia; si no se puede volver á la primera forma, será del que especificó; v. g., si de mi plata hace otro un vaso, yo seré dueño de él; porque se puede fundir, y volver á la masa de plata que ántes era. Por el contrario, si de mi lana hace otro paño, el tejedor será dueño de esta nueva especie, porque éste no se puede reducir á la forma antigua de lana. Mas como ninguno se debe enriquecer con daño de otro, tienen entre sí el señor de la materia, y el especificante accion, ó á que se pague la estimacion de la materia, si el especificante se lleva la especie, ó á que se le paguen las impensas, si el señor de la materia la retuviese (53). Todo lo dicho se entiende cuando el especificante haya procedido con buena fé; pues si la tuvo mala, esto es, si supiese que aquella materia á que dá nueva forma es ajena, pierde la obra y no debe cobrar las

(53) Ley 33. tít. 28. Part. 3.

espensas que hizo (54).

61—La tercera especie de accesion industrial es la *conmistion*: se mezclan las cosas secas y las líquidas: las primeras despues de la mezcla mantienen entera su esencia; v. g., si la cebada se mezcla con trigo: las segundas de tal suerte mudan su esencia, que parece hacerse una tercera entidad, ó una nueva sustancia; v. g., si el vino se mezcla con aguardiente. La primera se llama propiamente *conmistion*, y la segunda *confusion*. Ahora, pues, esta conmistion ó confusion, se hace, ó con voluntad de ambos dueños, ó de uno solamente, ó por acaso. Si se hace con voluntad de ambos, toda la masa se hace comun, la que deberán partir entre sí, segun las cantidades que se mezclaron. Si con voluntad de uno solo, si las cosas son separables, cada uno vindica su materia (55); y si no lo son, como en el caso de la confusion, el confundente deberá pagar la estimacion, y los daños y perjuicios al señor de la cosa confundida. Pero si la conmistion ó confusion se hiciere por acaso, siempre que las cosas se puedan separar sin mucho trabajo, cada uno vindica la suya; pero si no se pudiere, entónces se hace comun el todo, y lo parten entre sí, pesando, contando, o midiendo la parte que á cada uno debe tocar (56).

62—La última especie de accesion es la *mista*, y es aquella que proviene parte de obra de la naturaleza, y parte de la industria: tales son la *plan-*

(54) Ley 33. dicho tít. y Part. al fin v. *Empero,* y sobre ella Berni, quien advierte que la práctica en este caso es, que la parte que fabrica pague éstas, y daños y perjuicios al dueño del material.

(55) Ley 34. tít. 28. Part 3.

(56) Dicha ley 34. tít. y Part. citados.

ta, la *siembra*, y la *percepcion de los frutos*; v. g., si yo siembro un campo ajeno con trigo mio, ¿quién cojerá la mies? ¿A quién pertenecerá un árbol puesto en los confines de dos campos, ó el que yo he plantado en campo ajeno? Si con buena fé y justo título poseo una heredad ajena, ¿de quiénes erán los frutos que diere?

63—Para la siembra y planta es regla general: *todo lo que se siembra y planta cede al suelo*: y es la razon, porque éste se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio: lo accesorio sigue á lo principal; luego la mies y el arbol ceden al suelo, ahora se siembre con buena ó mala fé. De los arboles puestos en confines, se puede dar otra regla general: *el dominio del árbol se estima en derecho por la raiz* (57); y asi, si se estendiesen las raices sobre la heredad ajena, de suerte que las principales por donde crece estuviesen en ella, gana el dominio del arbol el dueño de la heredad á donde pasasen las raices, aunque caigan las ramas sobre las tierras del que lo plantó. Y en el caso de que parte de las raices principales estuviesen en la una heredad y parte en la otra, será el árbol comun á los dueños de las dos heredades (58). La razon de este derecho es, porque los árboles y plantas atraen todo su nutrimento, y suco vital por las raices: luego se alimentan de aquel suelo á donde se estienden éstas, y parece justo que para el dueño de aquel suelo que mantiene el árbol sean los frutos todos, ó una parte, si uno solo no fuere el suelo que alimenta la planta (x).

(57) Arg. de la ley 43 tít. 28 P. 3 v. *otrosí*, en el medio.
(58) Dicha ley 43. tít. y Part. citada, hasta el fin.
(x) No estendiéndose las raices dentro de la heredad

64—De las reglas dadas se infiere claramente, que siempre que se siembre semilla propia en campo ageno, ó semilla agena en mi campo, la siembra será del señor del suelo, pero debe pagar los gastos hechos en la siembra y en la semilla (59). Se infiere tambien, que toda planta puesta en nuestro suelo se hace nuestra; pero no ántes de que arraigue (60). La razon es, porque ántes de criar raices, puede fácilmente y sin daño alguno, arrancarse y trasladarse á otro suelo, y no hay razon para que al instante ceda al señor del suelo, sin haberse alimentado de su tierra. En este caso, como en el antecedente, se deberá pagar el precio del árbol ó planta, y las espensas, si algunas se hubieren hecho.

65—Por lo que hace á la *percepcion de frutos*, que es la tercera especie de accesion mista, verémos primero, que especies hay de frutos, y qué se requiere para que uno haga suyos los percibidos de una cosa ajena. Los frutos, pues, o son naturales ó industriales. *Naturales*, son aquellos que por sí mismos dan los campos sin trabajo, ni cuidado alguno del hombre, como son los árboles de frutas silvestres, el heno, paja etc. *Industriales*, se lla-

contígua, aunque cuelguen las ramas sobre ella, no tendrá el dueño de ésta derecho á los frutos, ántes por el contrario, deberá permitirme la entrada en su fundo, por el término de tres dias, á recojer los que en él hubiesen caido: leyes 15 tít. 4 lib. 3 Fuero Real, y 18 tít. 28 Part. 3. Si el árbol arraigado en terreno mio, causare perjuicio á la casa vecina, por colgar sobre ella las ramas, el dueño de ésta puede obligarme á cortarlo de raiz; y si perjudicare á la heredad, puede compelerme solo á cortar las ramas que pendieren sobre ella: ley 28 tít. 15 Part. 7.

(59) Dicha ley 43. tít. 28. Part. 3.—(60) Dicha ley 43

man aquellos que requieren siembra y cuidado del hombre, como el trigo, y cualquiera otra utilidad, que hace rendir á una heredad la diligencia del hombre (61).

66—Las condiciones necesarias para adquirir los frutos de la cosa ajena, son: primeramente *buena fé*, la cual no es otra cosa que aquel juicio recto con que uno cree que es verdadero señor de la cosa, sin que tenga fundamento para juzgar lo contrario. Esta buena fé, debe ser contínua ó perpétua; y así en el momento en que sabe uno que no es dueño, si con todo percibe los frutos, ya no es poseedor de buena fé, ni los hace suyos. Se requiere tambien *justo título* y hábil para transferir el dominio, como los que esplicamos arriba; porque si á alguno, por ejemplo, hubiese yo dado en comodato una yegua, sería cosa absurda que se quisiese apropiar el pollino con este título. Posee, á la verdad, con buena fé y justo título, pero no habil para transferir el dominio; pues cuando damos nuestra cosa en comodato, no es para que el comodatario se haga señor de ella. Finalmente, es necesario *posesion*, y no una mera detencion de la cosa que se llama *posesion natural*, sino una *posesion civil*, que resulta de la detencion corporal de la cosa, y del ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio.

67—Si concurren, pues, estos requisitos, entónces el poseedor de buena fé se tiene por señor en cuanto á la percepcion de los frutos industriales, miéntras no aparece el verdadero señor de la cosa. Decimos que se tiene por señor, porque hace suyos los frutos industriales percibidos hasta la lítis con-

(61) Ley 39. tít. 28. Part. 3.

testacion, y se tienen por tales los que están separados de los árboles o del suelo; pues no siendo así no se tienen por percibidos, aunque estén maduros.

68—Los naturales, no los hace suyos: debe restituirlos aun cuando los haya consumido, pues solo se le conceden en atencion al cultivo y trabajo que ha tenido en ellos; y así, faltando esta razon, es justo que los devuelva (62).

69—El poseedor de mala fé, nada hace suyo; y tanto los frutos percibidos como los por percibir, corresponden al verdadero señor de la cosa, á quien los debe entregar, y solo podra cobrar las espensas (63).

§. VII.

De la tradicion, único modo de adquirir derivativo.

70—Hemos visto ya los modos originarios de adquirir; se sigue el derivativo que es uno solo, y se llama *tradicion*. Dijimos que modo derivativo de adquirir es, cuando el dominio se transfiere de uno á otro; y así definirémos la tradicion, diciendo: que es *un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor de la cosa que tiene derecho, y ánimo ó intencion de enagenar, transfiere con justa causa una cosa corporal en el que la recibe* (64). De aquí nacen cuatro axiomas: 1.° *Que solo las cosas corporales se pueden entregar*, pues solo éstas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno á otro: por

(62) Véase la ley 39. tít. 28. Part. 3. al principio.

(63) Ley 39. al fin. Y nótese que de los frutos que restituyese el poseedor de buena fé, por no estar percibidos, cobra tambien las espensas, como lo dice esta ley en el medio, y la 40 que sigue.

(64) Ley 46. tít. 28. Part. 3.

esta razon las cosas incorporales como los derechos, no se entregan, sino que se cuási entregan; y la *cuási-tradicion* consiste en la paciencia de uno, y el ejercicio del otro. De la misma definicion se colige, que la tradicion ó es *natural*, ó *simbòlica*, *brevis manus*, ó *longa manu*. Naturalmente se hace la tradicion, cuando con acto corporal se traslada la cosa en el sugeto que la recibe. *Simbólica* se llama, cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir; v. g., si se dan las llaves del granero que encierra el trigo que se vende (65). *Longa manu* se dice hacerse la tradicion, cuando la cosa se pone en la presencia de aquel á quien se entrega; pero éste no la toca sino con solo los ojos (66). *Brevis manus* se llama un equivalente á tradicion actual, y se verifica cuando uno que ya está en posesion de la cosa, se dá por entregado de ella, en virtud de que el dueño, precediendo algun trato, se la cede en toda propiedad: v. g., le doy en comodato á Ticio un libro; despues se lo vendo y le digo, que supuesto que está en su poder, se quede con él: en éste caso es lo mismo que si se lo entregára (y).

(65) Leyes 6. 7. y 8. tít. 30. Part. 3.

(66) Ley 6. de dicho tít. y Part. v. *Empero si un home.*

(y) La tradicion es, ó *natural*, ó *simbólica* ó *ficticia*. De las dos primeras se ha hablado ya: la tercera se verifica cuando no interviene entrega real en el acto, sino que se presume ó finje, y esta ficcion puede ser ó de *larga mano,* cuando la cosa se pone á la vista de aquel á quien se entrega, sin que él la toque; ó de *breve mano,* cuando el que ya está en posesion de una cosa, se dá por entregado de ella, como v. g., si el deponente vende el depósito al depositario. Cuando sucede, por el contrario, que el que poseia como dueño, conti-

71—Axioma 2.° *La cosa debe ser entregada por el señor.* La razon es, porque lo que uno no tiene, no lo puede dar á otro; y así, si he recibido alguna cosa con buena fé de uno que no es señor, me haré poseedor de buena fé, pero no señor. El pupilo tampoco puede transferir dominio, porque aunque es señor, no se tiene por persona perfecta por defecto de juicio, y así nada puede hacer de donde resulte peor su condicion sin autoridad del tutor, y por consiguiente ni transferir dominio.

72—Axioma 3.° *No se transfiere dominio, si no hay ánimo de enajenar.* La razon es, porque al señor solamente compete dar la ley á sus cosas y disponer de ellas, y si dispone que solo pase el uso ó la custodia de su cosa, el que la recibe por esta tradicion no se hará señor: v. g., si yo doy en depósito ú en locacion, o comodato mi cosa, se verifica tradicion; pero el depositario, conductor, ó comodatario, no se hacen dueños de ella, porque en mí falta el ánimo ó voluntad de enajenarla.

73—Axioma 4.° *No se adquiere el dominio por la tradicion, si no precede título hábil para transferirlo,* como los que esplicamos ántes; v. g., donacion, venta, legado. El contrato de compra y venta tiene de singular, que aunque se haya perfeccionado por la tradicion de la cosa, con todo, no se transfiere el dominio, sino hasta que se entregue el precio; pero si diere fianza ó prenda, ó el vende-

núa haciéndolo en nombre de otro á quien traspasó el dominio, se llama á esto *constitutum possessorium;* y llamamos *toma de posesion*, al acto que tiene lugar cuando aquel en quien se hace el traspaso es llevado por el que lo verifica á la misma finca, ó á su inmediacion, ó con ella á la vista manifiesta que es su voluntad trasladársela.

dor hiciese confianza del comprador, pasará el dominio de la cosa vendida (67).

74—Por lo que hace á la necesidad de la tradicion de la cosa para adquirir el dominio, es digno de notarse que esto tiene lugar ciertamente atendido el derecho civil; pero es muy probable que á esta sutileza no atiende el derecho natural: y así, segun éste, cualquiera verdadero señor con derecho espedito, que tiene ánimo ó voluntad de enajenar, y la declara espresamente ó por señales destinadas al efecto, transfiere el dominio válidamente, aunque no intervenga tradicion de la cosa (68).

75—Al fin de este título nace una breve cuestion, y es ¿si se podrá entregar algo á persona incierta? Este caso parece que se verifica hasta el dia en la coronacion de los Príncipes, y cuando toman posesion de sus dignidades muchas personas eclesiásticas, como arzobispos, canónigos etc.; pues entónces se acostumbra arrojar algunas monedas de plata, y esparciéndose éste dinero con el ánimo de que cualquiera haga suyo lo que aprehenda, parece que se verifica tradicion en personas inciertas. Pero si atendemos bien á la naturaleza de éstos hechos, no hay aquí especie de tradicion, sino de ocupacion; pues el que arroja las monedas las abandona, y quiere que sean del que primero se apodere de ellas, y que el que las hallare, haga lo que quisiere de ellas, como dice la ley de Partida (69). Luego éstas monedas ya son de ninguno; y lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

(67) Ley 46. tít. 28. Part. 3.
(68) Hein. *Elem. Jur. Nat.* lib. 1. cap. 10. §. 275.
(69) Ley 48. tít. 28. Part. 3.

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPORALES É INCORPORALES.

SUMARIO.

1 Division de las cosas corporales ó incorporales y cómo se definen.
2 La moneda es cosa corporal?
3 Cuáles son las calidades de éstas cosas,
4 Subdivision de las corporales en muebles y raices, y qué sean éstas.

Síguese otra division de las cosas, de la cual se hizo mencion en el título pasado. Dijimos, pues, que las cosas, ó son *corporales* ó *incorporales* (1). Corporales, son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y así, cosas corporales, son todas las cosas materiales: é incorporales por el contrario, las que no se pueden tocar, ni percibir por los sentidos, porque consisten en un derecho, ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es, v. g., el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes ási á los ojos como á los otros sentidos.

2—Supuesto esto, sería fácil responder á uno que preguntase, ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó plata acuñada, que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal, porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrínseco que contiene, es cosa incorporal, porque no puede percibirse por sentido alguno esterior, sino solo por el entendimiento.

3—Hemos visto ya qué cosas sean corporales é incorporales; resta ver sus calidades. De la misma de-

(1) Ley 1. tít. 30. Part. 3.

finicion nace, lo 1.º que las cosas incorporales no se pueden poseer; y es la razon, porque poseer es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro; y todo esto no tiene lugar en las cosas incorporales. Con todo, como éstas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las cuási poseemos, miéntras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y percibir su utilidad: 2.º en las cosas incorporales no se dá tradicion sino cuási-tradicion, lo cual ya se ha esplicado arriba: 3.º las cosas incorporales no están en nuestro dominio, porque el dominio, como se ha dicho, es derecho en una cosa corporal; y así no podemos decir *el derecho de prenda, ó tal servidumbre ú obligacion está en mi dominio.* No obstante, como estos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos, y tienen realmente precio y estimacion; de aquí es que se dice propiamente que están en nuestros bienes.

4—Las cosas corporales se subdividen en muebles y raices. *Muebles,* se llaman aquellas que, ó se mueven por sí mismas, por virtud interna que tienen, v. g., siervos, animales etc. las cuales tambien se llaman *semoventes,* ó pueden ser llevadas de un lugar á otro sin detrimento, v. g., las sillas, libros, etc. *Raices,* son las que ni por sí, ni por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, campos etc. (2) (z).

(2) Ley 4. tít. 29. Part. 3.

(z) Cosas *raices* ó *inmuebles* son las unidas al terreno, de modo que forman con él un mismo todo. Este carácter le reciben estas cosas, ó *por naturaleza,* como la tierra y todos los cuerpos ligados á ella, y por lo tanto, las fincas rústicas, los edificios de todas clases, lo que constituye una parte de ellos, como los conductos para las aguas, los molinos de agua y de viento, los frutos mién-

tras no han sido separados del suelo y los árboles en pié; ó *por su uso* á que se destinan, como los alfolies de madera, las tinajas empotradas en los edificios, las llaves y los brocales de los pozos, y las cosas que se han quitado para arreglarlas y volverlas á poner en los edificios; ó finalmente *por el objeto* sobre que recaen ó á que se aplican, como el usufructo de fincas, las servidumbres prediales y las acciones que para vindicar los bienes inmuebles nos competen, pues que son inmuebles las propiedades sobre que recaen; y respecto á las acciones podemos aquí aplicar la máxima de los jurisconsultos romanos; *el que tiene la accion para reivindicar la cosa, parece que tiene la misma cosa.* Las cosas son *muebles*, ó *por su naturaleza,* como las cosas inanimadas que pueden ser movidas por una fuerza estraña, los materiales procedentes de un edificio, los efectos que se hallen en otro, con tal que no constituyan parte de él, los frutos y los árboles separados de la tierra, y los animales; ó *por analogía*, como son las obligaciones y acciones que tienen por objeto cantidades ó efectos muebles, las acciones de los bancos y compañias de comercio ó de industria, y las rentas sobre fondos y efectos públicos ó contra particulares; doctrina consiguiente á la que dejamos sentada al tratar de las cosas inmuebles, que hicimos estensiva tambien á las incorporales: SERNA Y MONTALVAN, *Elementos de derecho civil y penal*, libro 2 título 1º n. 7 á 13.



TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

SUMARIO.

1 Razon del órden,
2 Qué es servidumbre?
3 De cuántas maneras es?
4 Trátase en éste título de las servidumbres reales.
5 Las servidumbres son urbanas ó rústicas, y qué se entiende por unas y otras.
6 7 y 8 Axiomas sobre esta materia.
9 De cuántos modos se constituye la servidumbre?
10 Quién tiene obligacion de hacer los reparos necesarios para la conservacion de la servidumbre?
11 Qué se infiere del axioma que establece ser indivisible la servidumbre?
12 De la servidumbre **oneris ferendi.**
13 De la servidumbre **tigni inmittendi.**
14 De la servidumbre **projiciendi, ó protegendi.**
15 De la servidumbre **stillicidii, ó fluminis avertendi.**
16 De la servidumbre **altius non tollendi.**
17 De la servidumbre **luminum, ó ne luminibus officiatur.**
18 De la servidumbre **transeundi.**
19 De las servidumbres rústicas **iter, actus y via, aquæ ductus, aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, pecoris pascendi, calcis coquendæ vel arenæ aut cretæ fodiendæ, aut eximendi lapidis.**
20 Observacion acerca de los pactos con que se establecen las servidumbres rústicas.
21 De qué modos se acaban las servidumbres.

HEMOS tratado ya del dominio: síguese ahora tratar de las servidumbres, que es otro derecho en la cosa. Por servidumbre no se entiende aquí, aquella de que hablamos en el libro 1º, cuando una persona sirve á otra, sino cuando una cosa sirve á la persona. Siendo, pues, esta especie de servidumbre un derecho, esto es, una cosa incorporal, con razon despues de esplicadas las cosas incorporales en general, se sigue tratar de las servidumbres (aa).

2—La servidumbre, es *un derecho impuesto en la cosa ajena, por el cual el señor en su cosa es-*

(aa) Para comprender mejor la esencia de la servidumbre, se ha de suponer que la propiedad se divide

tá obligado á padecer, ó á no hacer algo en utilidad de otro (1). Se dice: 1.º Que la servidumbre es un *derecho*; pero respecto del que tiene ó goza la servidumbre: porque respecto del que la padece, es obligacion ó carga: 2.º Obsérvese que la servidumbre es *derecho en la cosa*, por lo cual se enumeró arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la cosa de mi vecino, no es su persona la que me está obligada, sino su cosa: 3.º Se dice la servidumbre *derecho en la cosa ajena*, porque el señor no puede tener servidumbre en su cosa, v. g., si puedo sacar agua del pozo de mi vecino, es servidumbre; pero luego que adquiero la heredad de mi ve-

en perfecta é imperfecta, pues efectivamente el vínculo que existe entre el propietario y su cosa, puede dividirse ó desmembrarse. Cuando no está dividido, y ningun derecho estraño viene á impedir ó limitar el libre ejercicio del derecho de propiedad, se dice que la propiedad es *perfecta*; y por el contrario, se la llama *imperfecta*, cuando el vínculo está dividido, de modo que el ejercicio del derecho de propiedad queda reducido ó limitado por efecto de un derecho que pertenece á otro propietario. Estos *desmembramientos* del derecho de propiedad, se llaman *servidumbres*, por analogía de la esclavitud de las personas; pues así como una persona se halla en esclavitud cuando debe sus servicios á otra, de la misma manera un fundo ó heredad, está en una especie de esclavitud ó servidumbre, cuando debe sus frutos ó sus servicios á otra persona diferente del propietario; porque en efecto los frutos de nuestro fundo, nos pertenecen en virtud de nuestro derecho de propiedad, y no á título de servidumbre: leyes 1 y 13 tít. 31 Part. 3.

(1) Ley 1. tít. 31. Part. 3. *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.*

cino en donde está el pozo, se acabó la servidumbre, porque el pozo ya no es cosa ajena sino mia; y así no saco el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Añádese: *por el cual el señor está obligado á padecer, ó á no hacer algo en su cosa, en utilidad de otro*; y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por ejemplo, si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, éste está obligado á sufrir que transite por él; y si obligo á mi vecino á que no levante mas sus paredes, está obligado á no hacer una cosa que pudiera como señor: siempre, pues, el sirviente está obligado á padecer, ó á no hacer en utilidad del dominante (2). Las doctrinas dadas hasta aquí, son tan generales, que no se dá caso en que alguna servidumbre consista en hacer; y así, si queremos finjir el caso de que alguno hubiese prometido á su vecino componerle ó renovarle su casa todos los años, no sería servidumbre, sino obligacion personal, y por consiguiente no *derecho en la cosa* sino *á la cosa.*

3—De la definicion dada, se infiere claramente, de cuántas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir, ó una persona, ó á otra cosa. Si la cosa sirve á la persona, se llama *servidumbre personal*: si la cosa sirve á otra cosa, v. g., un fundo á otro fundo, se llama *servidumbre real* (3). Por ejemplo, un marido al morir deja el usufructo de un fundo á su muger: en éste caso el fundo sirve á la persona de su muger, y ésta será servidumbre personal, por otro nombre *usufructo*. Por el contrario, si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre es real, porque un predio

(2) Leyes 1. 2. y 3. tít. 31. Part. 3.
(3) Ley 1. tít. 31. Part. 3.

sirve á otro. Las servidumbres personales son cuatro: *usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos* (4). Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto; y así como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con ésta. Al contrario en las reales; porque una cosa sirve á otra, duran tanto como las cosas, aunque pasen á otras personas.

4—En éste título se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles, sino en raices. Mas como en estas servidumbres siempre un fundo sirve á otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante* y el que sufre la carga en utilidad del otro *sirviente*.

5—Las servidumbres, en nuestro derecho, ó son *urbanas* ó *rústicas*. Urbana, es la que tiene un edificio en otro; y rústica, la que tiene una heredad en otra (5). Esto supuesto, se entenderán fácilmente varios axiomas de la servidumbre (bb).

6—1.º *Toda servidumbre es en la cosa ajena* (6). La razon es, porque siempre que uno usa de su cosa, lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba; y así cuando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede imponer á su cosa este gravámen, y no otro (7).

(4) Ley 1. tít. 31. Part. 3.—(5) Ley 2. tít. 31. Part. 3.

(bb) Servidumbre *urbana* es, la que se debe á una casa ó edificio destinado para la habitacion; y *rústica*, la que se debe á una tierra ó heredad en que no hay edificio destinado para la habitacion.

(6) Ley 13. de dicho tít. y Part.

(7) Véase la dicha ley 13. en el principio, y la 10. del mismo tít. 31.

7—2.º axioma. *Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer,* ó *en no hacer* (8). La razon es, porque de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que debe hacer. Cuando la servidumbre es de padecer, se llama *afirmativa*, v. g., la servidumbre de *camino, ventana, goteras etc.*; pero si es de no hacer alguna cosa, será *negativa*: v. g., no impedir la luz, no levantar mas alto etc. (cc).

8—3.º axioma. *Todas las servidumbres son indivisibles* (9), porque son un simple derecho, y el derecho no se puede dividir; y así, á ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino, goteras etc.

9—De aquí podemos fàcilmente inferir, de qué modo se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *á la cosa*, y *en la cosa*. El derecho á la servidumbre, lo podemos adquirir: 1.º Por pacto ó estipulacion, cuando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa (10): 2.º Por última voluntad, v. g., si alguno en testamento ó codicilo me lega el derecho de sacar agua de su fuente etc. (11): 3.º Por prescripcion; y en éste caso, si la servidumbre es *contínua*, esto es, que sirve continuamente, como el agua que nos viene del fundo ajeno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y si

(8) Todo el tít. 31. Part. 3. y especialmente la ley 1.

(cc) Toda servidumbre es una carga y un derecho: una carga respecto del que la debe; y un derecho respecto de aquel á quien se debe: considerada como derecho puede llamarse servidumbre *activa,* y como carga, servidumbre *pasiva.*

(9) Ley 9. tít. 31. Part. 3.

(10) Ley 14. tít. 31. Part. 3.—(11) La misma ley 14.

fuere *descontínua*, esto es, que no se usa sino algunas veces, como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial (12) (dd). Pero en el primer caso, no hay mas que derecho á la cosa: la persona del que promete, ó el heredero me está obligado, y no lá misma cosa. De aquí es, que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *cuási-tradicion*, y se llama así, porque como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporal, propiamente no se puede entregar sino cuási entregar, y ésta cuási-tradicion se verifica por el uso del uno, y la paciencia del otro: v. g., si se me ha concedido sacar agua del fundo vecino, y yo comienzo á sacarla á su vista sufriéndolo él, por éste primer hecho se me hace cuási-tradicion de la servidumbre, y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra cualquier poseedor. De ésta regla se esceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la cual se adquiere el derecho en la cosa sin tradicion, al punto que muere el testador (ee).

(12) Dicha ley 14. al fin, y la 15. tít. 31. Part. 3.

(dd) A ménos que el que prescribe tenga justo título dimanado de algun tercero, pues entónces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años: ley 15 tít. 31 Part. 3 y glosa 3 de ella. Si falta título justo, sirve de tal la ciencia y paciencia del predio sirviente, y de ocupacion de la posesion el uso del dominante, contándose el tiempo desde que empieza el uso en las *afirmativas*, y desde que el prescribente prohibe al otro usar de la libertad, en las *negativas*. ANTONIO GOMEZ, 2 *var.* cap. 15 n. 27 *vers. Item.*

(ee) Tambien se adquiere la servidumbre por disposicion del juez en los juicios divisorios, en que la difícil dis-

10—Asimismo, claramente se deduce quién tenga obligacion de hacer los reparos necesarios para la conservacion de la servidumbre: v. g., tengo derecho de traer agua por medio de taugía que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo, que es el dominante, estará obligado á repararlos (13). La razon se deduce del axioma 2º, porque la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en *no hacer* ó *padecer*, y si el fundo sirviente reparase, haria alguna cosa; y así no sería solamente servir.

11—Finalmente, del 3.º axioma, que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere, que no puede establecerse una mitad ú otra parte de servidumbre, porque el derecho como cosa incorporal, no puede admitir division. Otra cosa sería en el uso de la servidumbre, porque éste si es capaz de admitirla, tanto por razon del modo, como si dijésemos á otro: te concedo servidumbre de camino, pero con tal que solo pases á pié ó á caballo, ó que no traigas carros: ó por razon del tiempo, v. g., te concedo derecho de pastar, pero solo en los meses de invierno.

12—Lo que se ha dicho hasta aquí, trata de las servidumbres en general: veámoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rústicas; tratarémos pues, en primer lugar, de

tribucion de la propiedad entre los interesados, hace necesarios ciertos gravámenes para conservar la igualdad, ó para hacer que sea posible el aprovechamiento de la heredad dividida. Como ántes de la division todos son condueños, es claro que por la simple adjudicacion, sin necesidad de la cuási posesion, queda constituida la servidumbre.

(13) Ley 4. de dicho tít. 31. Part. 3.

las urbanas. De éstas la 1.ª es el derecho de cargar sobre la casa del vecino; v. g., si lo obligo á que me permita edificar levantando pared sobre la suya (14).

13—La 2.ª servidumbre es de agujerear la pared del vecino para meter vigas (15). Por vigas, se entiende no solo las propiamente tales, sino cualquier otra materia de edificio, como piedras ladrillos, hierro, etc. De aquí se percibe fácilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente; pues en la primera todo el edificio carga en la pared ó columna del vecino, y en ésta solo una ú otra viga ó material.

14—La 3.ª servidumbre es de poner techo volado á mi casa sobre el fundo del vecino, para libertar las paredes del agua y humedad.

15—La 4.ª es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino (16).

16—La 5.ª es no levantar mas alto; y ésta es un derecho por el cual el vecino en utilidad de mi casa, se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz (17).

17—La 6.ª es de *luz*, ó de *no impedir la luz* (18). Para entender bien estas dos especies de servidumbre, es menester notar dos cosas: 1.ª que ninguno puede abrir ventanas, sino en su pared: 2.ª que puede cualquiera abrir cuantas ventanas quiera en su pared; pero al vecino le es lícito edificar contra ellas de suerte que las cubrá, siendo en su suelo. Ahora, pues, si un vecino consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, ésta será servidumbre de luz, ó de ventana. Pero si tengo ventana en

(14) Ley 2. tít. 31. Part. 3.—(15) Idem.
(16) La citada ley 2.—(17) La misma ley 2.
(18) La propia ley 2. tít. y Part. citados.

mi pared que cae á la casa del vecino, y éste me promete que no me la cubrirà con su edificio, se llamará servidumbre de no impedir la luz (19) (ff).

18—La 7.ª servidumbre es de paso por la casa, ó corral del vecino á la casa propia (20).

19—Síguense las servidumbres rústicas. De éstas, la 1.ª es el derecho de senda, carrera, ó camino, para pasar de la heredad de otro á la propia. La *senda* sirve para ir uno solo á pié, ó á caballo, sin llevar carro ni béstias de carga: la *carrera* para ir solo, ó acompañado con carretas; y el *camino* para llevar éstas cosas y otras cualesquiera, como madera, piedras etc. El ancho del camino debe regularse por lo pactado, y á no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho; y si tuviere vuelta ó torcedura en aquel lugar, tendrá diez y seis (21) (gg).

(19) Ley 2. tít. 31. Part. 3.

(ff) La servidumbre de vista *(prospectus)*, es el derecho de mirar hácia el predio vecino; y la de no impedir la vista *(ne prospectui officiatur)*, es el derecho de prohibir al vecino que haga alguna cosa, por la cual impida esta vista. Las principales diferencias que hay entre estas servidumbres, y las que espresa el párrafo á que se refiere esta nota, consisten en que éstas pueden constituirse entre dos personas cuyos predios estén distantes, y en aquellas es preciso que los predios estén contiguos; y que los árboles no impiden la servidumbre de luz, pero si la de vista.

(20) Dicha ley 2.—(21) Ley 3. de dicho tít. 31.

(gg) La senda suele tener la anchura de dos pies, y cuatro la carrera. Los caminos son públicos ó privados, reales ó de travesía: *públicos* son los que van de un pueblo á otro, y se llaman *reales*, los que son mas frecuentados y conducen á las principales ciudades; *privados* son, los que solo sirven para el paso de las heredades de algun distrito, y se dicen de *travesía,* los que

2.ª El derecho de conducir agua por heredad ajena, para regar hortalizas, ó para molinos (22). Y en este caso el dueño de la heredad, de donde se tomare esta agua, no puede concedérsela á otro sin consentimiento de aquel á quien fuere otorgada la servidumbre, si no es que el agua fuere tanta, que sobrase para los dos (23). 3.ª El derecho de beber en fuente ó pozo ajeno para sí, sus labradores, y béstias ó ganados, en el cual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad (24). 4.ª El derecho de apacentar las béstias de labor en prado, ó dehesa ajena (25). 5.ª El derecho de sacar cal, arena, piedra, ú otras cualesquiera cosas de la heredad de otro (26).

20—Una cosa es digna de observarse en las servidumbres rústicas, (y aun puede tener lugar en las urbanas) y son los pactos con que se establecen; porque si la servidumbre se concede al fundo, será real; y si á la persona, será servidumbre personal, y solo durará miéntras viva la persona.

21—Resta ver de qué modo se acaban las servidumbres. Hemos dicho que éstas son un derecho en

dentro de cada provincia, sirven para las comunicaciones entre los pueblos que la componen, y con los limítrofes de las inmediatas. Unos y otros pueden ser *carreteros*, ó *carriles* ó *de herradura,* sirviendo aquellos para andar en carruajes, y éstos para las caballerías. El dueño del predio dominante, es quien debe cuidar de la conservacion y reparacion del camino; mas si el dueño del predio sirviente usare tambien de él, como puede hacerlo, pues que le pertenece el suelo en que está abierto, tendrá que contribuir por su parte á los gastos, á no haber convencion en contrario.

(22) Ley 4. allí.—(23) Ley 5. de dicho tít. 31.
(24) Ley 6. tít. 31. Part. 3.
(25) Dicha ley 6. en el medio.—(26) Ley 7. allí.

la cosa, el cual sin embargo de ser perpétuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1.º por *consolidacion*. Consolidacion es, cuando se hace uno mismo el dueño de los predios dominante y sirviente: entónces se acaba la servidumbre por el principio esplicado arriba, de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa (27): 2.º Se estingue tambien por *remision*, porque como la servidumbre se constituye en utilidad del predio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede renunciarla siempre que quiera (28): 3.º Por *no uso*. De este modo en tiempo de diez años se acaba la servidumbre urbana, estando presente el señor del predio que goza de la servidumbre; y estando ausente, en veinte años. Pero pára que esto se verifique, es necesario ademas que el dueño del fundo sirviente, con buena fé, estorbe el curso de la servidumbre, como v. g., si es viga que la estraiga de la pared, en ausencia ó presencia del interesado, segun hemos dicho arriba (29) (hh). Pero si es servidumbre rústica, solo por no uso de tiempo inmemorial se puede perder siendo contínua; y siendo descontínua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes (30): 4.º Por permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre, haga algo que la impida ó des-

(27) Ley 17. tít. 31. Part. 3. v. *La otra manera.*
(28) Ley 17. en el principio.—(29) Ley 16.
(hh) Debe advertirse, que si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de los dueños, la conserva para los que no la usaron; y en el caso de que partiesen entre sí el predio, solo perderá el derecho á la servidumbre, aquel que no usare de ella despues de la division: ley 18 tít. 31 citado.
(30) Ley 16. tít. 31. Part. 3. al fin.

truya (31); pues en éste caso se entiende que la quiere renunciar: 5.º Finalmente, por arruinarse ó estinguirse la cosa, se acaba la servidumbre; porque como es un derecho en la cosa, cuando se estingue ésta, se debe estinguir tambien el derecho que se tenia en ella (ii).

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO.

SUMARIO.

1 De las servidumbres personales.
2 Qué es usufructo, y cómo se entienden las palabras **usar** y **abusar**?
3 Qué frutos percibe el usufructuario, y axioma sobre el particular.
4 El usufructuario puede locar la heredad, y tambien vender los frutos.
5 No puede mudar las cosas del fundo fructífero; y es de su cargo hacer en él los reparos llamados medianos.
6 7 8 9 Qué son cosas fungibles y no fungibles. y en cuales se constituye el usufructo.
10 Otras obligaciones del usufructuario
11 12 Cómo se establece y acaba el usufructo.

Dijimos arriba, que en toda servidumbre sirve la cosa; y que si ésta sirve á la persona, será servidumbre personal: tales son el *usufructo, uso, habitacion* y *obras de los siervos;* pero que si una cosa sirve á otra cosa, resultará servidumbre real. De éstas hemos hablado ya, y así, tratarémos ahora de las personales, y en primer lugar del usufructo.

2—Usufructo es, *un derecho de usar y gozar los frutos de una cosa ajena sin deteriorarla* (1). Antes de esplicar esta definicion es necesario entender éstas

(31) Ley 19. tít. 31. Part. 3.
(ii) Se acaba tambien la servidumbre, por concluirse el derecho temporal del que la concedió, ó por concluirse el tiempo por el que se estableció.
(1) Ley 20. tít. 31. Part. 3.

palabras: *usar*, *gozar* y *abusar*, en las que hay mucha diferencia. *Usar* es, percibir tanta utilidad de la cosa, cuanta exije la necesidad. Por *gozar* se entiende, percibir cuanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir á las necesidades, sino tambien para comodidad y placer. *Abusar* es, percibir cuanta utilidad se quiera de la cosa, aunque sea destruyéndola. Ahora fàcilmente se entenderá la definicion, en la cual irémos por partes. El usufructo es *derecho*, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho *de usar* y *de gozar*, porque el usufructario no solo percibe de la cosa lo que exije la necesidad, sino tambien lo conducente á dar placer y comodidad. Se usa y se goza *de las cosas ajenas*, porque es servidumbre que no la puede haber en cosas propias; de suerte, que constituida esta servidumbre, siempre concurren dos personas, la una á quien pertenece el dominió, y se llama *propietario*; y la otra la que goza del usufructo ó utilidad de la cosa, y se llama *usufructuario*. Se añade finalmente, que se ha de usar y gozar de la cosa *sin deteriorarla*, porque si nó sería abuso, y no uso solamente, segun la diferencia de estas voces ya esplicada. Fuera de que sería inútil al propietario el dominio, si el usufructuario pudiera destruir la cosa (jj).

(jj) El usufructo se divide en *legal* y *convencional*, ó *voluntario*. Usufructo *legal* es, el que se halla establecido por la ley, como el que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo que está en la patria potestad, y el que tiene el cónyuge viudo en los bienes que hubo del difunto y debe reservar para sus hijos, si contrae segundas nupcias; y *voluntario* ó convencional es, el que se adquiere del dueño de la cosa, sea por contrato, ó por testamento, ó por la voluntad tácita què se colige de la prescripcion ordinaria.

3—De la definicion dada, se colige fácilmente, qué frutos percibe el usufructario, en lo cual sirve de regla el axioma siguiente: *el usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora, pues, como los frutos son, ó naturales, ó industriales, y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerba etc.; y los segundos, mediante el trabajo é industria del padre de familias, como el trigo, lino etc., es digno de advertirse que unos y otros son del usufructuario; porque el usufructo es un derecho de usar y gozar, y estas palabras abrazan todo género de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo, pues segun el axioma establecido, el usufructuario percibe solamente los frutos ordinarios, en lo que no se incluyen los tesóros. A mas de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos (kk).

(kk) El usufructuario tiene el derecho de percibir los frutos ordinarios que produzca la cosa, ya sean naturales, industriales ó civiles, con esta diferencia: los naturales é industriales pendientes cuando empieza el usufructo, son del usufructuario, y del propietario los pendientes á su término: los frutos civiles, que son las rentas anuales que no provienen de la cosa misma, sino con ocasion de ella, en virtud de una convencion, como los alquileres ó arriendos de casas y heredades, los fletes y los réditos de juros censos y otros efectos y derechos, se proratean con proporcion al tiempo en que cada uno ha estado en el goce de la cosa. La razon de esta diferencia es, que los frutos naturales é industriales se perciben de una vez; pero los civiles, corresponden á todos los dias y á todos los momentos. No se entiende esta doctrina de las rentas procedentes de predios rústicos que están en lugar de los frutos naturales, y por tanto, si el usufructuario muere, habiendo percibi-

4—Infiérese tambien, que puede el usufructuario locar á otro la heredad de donde percibe el usufructo; porque lo que tiene uno para sí, lo puede transferir á otro; y para el propietario lo mismo vale que el usufructuario goce de la cosa, ú otro en su nombre, siempre que no la deteriore. Puede tambien vender los frutos, pues vende una cosa suya (2); pero no puede ceder su derecho à ótro, porque espira con su persona; y mucho ménos vender la cosa fructuaria, que pertenece al propietario.

5—Con la misma facilidad se demuestra, que no tiene el usufructuario libre disposicion de la cosa, supuesto que debe gozarla, sin causar mutacion ni deterioro en ella, y que no permaneceria ilesa, siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero, que no puede mudar las cosas del fundo fructuario, ni con el fin de ponerlo en mejor estado á su parecer, v. g., háciendo de las dehesas, campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien, que el usufructuario está obligado á reparar la cosa; pues no permanecería ilesa, v. g., una casa, si no se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes cuando lo necesitare (3). Pero esto se entiende de unos reparos medianos; y así, si la casa es-

do los frutos los colonos á quienes los tenia arrendados, pertenecen las rentas á sus herederos, aunque no esté cumplido el plazo de su solucion; y al contrario, si los frutos estuviesen pendientes, tocan las rentas al propietario, aunque aquellos se hallasen ya maduros y en estado de cojerse: mas si parte de los frutos están pendientes y parte cojidos, pertenecen aquellos al propietario, y éstos al usufructuario, siguiendo la misma regla.

(2) Ley 20. tít. 31. Part. 3. v. *é este á quien es otorgado.*

(3) Ley 22. tít. 31. Part. 3.

tuviera para caer, y fuese necesario levantarla de cimientos, lo cual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderían éstos al propietario. Se infiere tambien, que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa, como un buen padre de familias, el cual no pierde las cosas con el uso, sino que ántes de que se deterioren demasiado, las procura restablecer y reparar (4). Asimismo, que si se le concede el usufructo de una grey, debe reponer las ovejas que mueran con otras nuevas; y si es viña, en lugar de las vides secas, plantar otras de nuevo (5). Finalmente, es claro que el usufructuario debe dar caucion al propietario, pues éste debe estar cierto que su cosa se conservará ilesa. Está, pues, obligado á afianzar dos puntos: 1.º que usará y gozará de la cosa á arbitrio de buen varon: 2.º que cuando él muera, ó de otra suerte se acabe el usufructo, restituirá la cosa intacta al mismo propietario, ó á sus herederos (6). Pero esta caucion cesa siempre que el usufructo se concede por la ley; y así, aunque el padre goce de los bienes adventicios del hijo, con todo, no dá caucion á causa de ser legal este usufructo (7), como tambien porque sería impiedad que un hijo tuviese tan poca confianza de su padre (II).

(4) Leyes 20. y 22. tít. 31. Part. 3.
(5) Ley 22. ya citada.
(6) Ley 20. tít. 31. Part. 3.
(7) Ley 5. tít. 17. Part. 4.
(II) El usufructuario toma las cosas en el estado en que se encuentran, pero ántes de entrar en posesion, debe hacer inventario ó descripcion de todos los bienes muebles é inmuebles sujetos al usufructo con intervencion del propietario, pues de otro modo se supondria haberlos recibido en buen estado. La obligacion de afianzar que le impone la ley, cesa en los casos siguientes: 1.º

6—Si se busca en qué cosas se pueda constituir el usufructo, hallarémos que la definicion dada lo declara bastantemente; porque constando de ella que se debe usar y gozar salva la sustancia de la cosa, se infiere, que solo se puede constituir usufructo en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles*, que constan de número, peso y medida, esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas; y en *no fungibles*, que no admiten estimacion, segun número, peso y medida. Pero como estas definiciones son algo oscuras, aclararémos mas la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles. 1.ª diferencia: las cosas fungibles

Cuando ha sido dispensado de ella, en el acto constitutivo del usufructo: 2.º Cuando no se duda que el mismo usufructuario ó sus herederos, han de adquirir la propiedad de los bienes: 3.º Cuando el padre tiene el usufructo legal, de los bienes adventicios del hijo: 4 º Cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador: 5 º Cuando uno hace donacion de sus bienes, reservándose el usufructo, pues habria ingratitud de parte del donatario que exijiese la caucion *fructuaria.* 6.º Cuando el fisco es el usufructuario, pues siempre se reputa idóneo para pagar y volver los bienes al propietario. Si el usufructuario por ser pobre no encuentra fiador, y por otra parte es de buenas costumbres, basta su caucion juratoria de hacer el debido uso de los bienes y restituirlos á su tiempo; pero si es forastero, sospechoso de fuga, ó de mala conducta, conviene entónces poner en secuestro ó arriendo los bienes inmuebles, dar á interes las cantidades de dinero, vender los géneros ó mercaderías, poniendo igualmente á rédito el precio que se saque de ellas, y entregarle luego los intereses de estas sumas, así como los precios de los alquileres ó arriendo, ó bien los frutos de las heredades.

de nada sirven, si no se consumen, v. g., el vino, el pan, el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejándolas ilesas, v. g., un campo, una casa.

7—2.ª En las cosas fungibles el dar otro tanto, es dar la misma cosa; v. g., se me han dado prestados 100 pesos, si yo vuelvo otros tantos, satisfago cumplidamente, aunque no haya vuelto los mismos 100 pesos que recibí; mas en las cosas no fungibles, una cosa igual ó equivalente no es la misma; y así, si yo presté un libro y vuelvo otro del mismo tamaño, y aun igual en todo, no satisfago, sino que debo devolver el mismo en especie.

8—3.ª Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion: v. g., un peso por habérmelo dado el Rey, no vale mas que otro peso que he recibido de un rústico; pero las cosas no fungibles si lo admiten; y así, un libro, aunque no valga mas de 10 ó 12 reales, puede ser para mí de mayor estimacion que 10 ó 12 reales, por ser regalo de un Príncipe, ó de un gran amigo, y un monumento de su cariño.

9—Ahora, pues, el usufructo solo se puede constituir en las cosas *no fungibles*, porque éstas solas no se consumen con el uso, y el usufructo es un derecho de usar, y de gozar de la cosa salva su sustancia; y así sería un absurdo si á Ticio, v. g., se concediese el usufructo de una botija de vino; pues si usaba de él, ninguna utilidad quedaria al propietario. Con todo, para este caso se inventó un *cuási usufructo*, que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el cuasi-usufructuario, que acabado el uso de la cosa, volverá otro tanto en el mismo género de aquello que recibió. De esta suerte, si yo tengo el cuási-usufructo de una bodega de vino, podré consumirlo todo, dando caucion de que acaba-

do el tiempo de este usufructo, volveré tantas botijas de vino, como las que contenia la bodega, y que será de la misma calidad etc. [*].

10—Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa, sufra sus cargas, se sigue: que el usufructuario que logra todos los frutos de la cosa, debe pagar los tributos, pechos y demas contribuciones a que esté obligada la cosa (mm).

11—Hemos visto hasta aquí la naturaleza del usufructo: falta ver cómo se constituye, y cómo se acaba. Se constituye el usufructo, ó por la ley ó por el dueño de la cosa. Por la ley, siempre que las leyes disponen que en éstas, ó en aquellas cosas tengamos el usufructo: v. g., las leyes mandan que al padre competa el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos (8). El señor puede conceder el usufruc-

[*] Se preguntará ¿si en vestidos podrá consistir verdadero usufructo, ó si solo será *cuási*, en el caso de que un testador concediese en su testamento á otro el usufructo de sus vestidos? Y se responde, que puede ser uno y otro: será verdadero usufructo, si de tal suerte concedió el testador el uso de sus vestidos, que quede obligacion de restituir los mismos en especie, acabado el tiempo de la concesion; y será *cuási*, si se deben restituir otros ó su estimacion. Hein. en éste tít. §. 419.

(mm) Se pregunta si el usufructuario debe pagar tambien las deudas, y se responde: que el usufructuario á título particular, no está obligado á la satisfaccion de las deudas á que se halla hipotecada la finca; pero el usufructuario á título universal, parece debe contribuir con el propietario al pago de las deudas del difunto, porque las deudas son cargas de la herencia, y ésta se compone de todos los bienes, comprendiendo así el usufructo, como la nuda propiedad. Escriche., palabra *usufructuario*.

(8) Ley 5. tít. 17. Part. 4.

to de su cosa ó por última voluntad, esto es, por legado, ó por pacto (9). En el primer caso, no hay necesidad de tradicion, sino que el usufructuario adquiere derecho en la cosa, en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso, el pacto solo dá derecho á la cosa, esto es, accion personal contra el que promete, para que realice el usufructo prometido; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *cuási-tradicion.* Esta concesion de usufructo entre vivos, se hace ó por voluntad espresa del señor, por pacto como llevamos dicho, ó por voluntad tacita, como si alguno dejó que otro usara y gozara de su cosa sin contradecírselo por el tiempo de 10 años en su presencia, ó de 20 en ausencia; pues entónces adquiere el usufructo por prescripcion.

12—Los modos de acabarse el usufructo nacen de su naturaleza y definicion; y así cesa primeramente el usufructo, por la muerte natural del usufructuario (10), pues es servidumbre personal que se debe á la persona, y acaba con ella. Pero si á una ciudad o república, que es persona moral, y no se entiende que muere, se la deja algun usufructo, nuestras leyes disponen para este caso que dure 100 años (11), si no se señaló tiempo: y es la razon, porque en el usufructo es necesario que la propiedad no sea del todo inútil al señor, y lo sería, si nunca volviese al propietario el usufructo: 2.º Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ó por destierro perpétuo (12): 3.º Por consolidacion,

(9) Ley 20. tít. 31. Part. 3. *é tal otorgamiento como este puédese facer por postura, ó en testamento.*

(10) Ley 24. tit. 31. Part. 3.

(11) Ley 24. de dicho tít. y Part.—(12) Idem.

esto es, cuando el usufructo se une à propiedad; pues, como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa (13): 4.º Estinguida la cosa, se estingue tambien el usufructo que se tenia en ella: 5.º Por no uso de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario: 6.º Se acaba por enajenacion hecha por el mismo usufructuario, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva al propietario, y nunca pasará al otro á quien se queria enajenar (14). Finalmente, se acabara el usufructo por acabarse el tiempo, por el cual se concedió la cosa, si éste se señaló al tiempo del pacto (nn).

(13) Dicha ley 24. tít. 31. Part. 3.

(14) Dicha ley 24. Véase para estos dos casos, y para el que resta, la misma ley 24. citada.

(nn) El padre pierde el usufructo legal: 1.º Si entrare y profesare en alguna órden religiosa: 2.º Si por disipador se le quitase la administracion de los bienes de su hijo· 3.º Si por algun delito se le impusiere la pena de presidio. arsenales, galeras, minas, ó cárcel perpétua: 4.º Si fuere *encartado*, esto es, emplazado por edicto. en virtud de algun delito, y condenado en rebeldía: 5 º Si emancipare al hijo, bien que en este caso tiene derecho á reservarse la mitad del usufructo, hasta que el hijo se case: 6.º Si el hijo contrajere matrimonio. Leyes 24, tít. 31 Part. 3, y 15 tít. 18 Part. 4.

TÍTULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

SUMARIO.

1 Qué es uso, y diferencias que hay entre él y el usufructo.
2 Cómo el uso no está ceñido á la necesidad del usuario, éste no puede venderlo, alquilarlo etc.
3 Qué es habitacion.
4 Diferencias que hay entre la habitacion y el usufructo de una casa.
5 Qué se entiende por obras de los siervos.

Fuera del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber: *el uso, la habitacion* y *las obras de los siervos*. La diferencia que hay entre el usufructo y el uso, es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufructuario no solo usa para ocurrir á su necesidad, sino que á mas de esto goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá, pues, el *uso*, diciendo que es, *un derecho de usar de las cosas ajenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su sustancia*. De aquí nacen varios axiomas: 1.º *Ménos provecho se saca del uso, que del usufructo* (1); pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente dá la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ó placer, pero el usuario, solamente toma lo que necesita; y así, 2.º axioma; *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia* (2). Con varios ejemplos aclararémos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de las yerbas, frutas, flo-

(1) Ley 20. tít. 31. Part. 3. ibi. «*E de tal otorgamiento como este non se puede aprovechar dél tan lleneramente aquel á quien es fecho como del usofruto.*»

(2) Dicha ley 20. tít. 31. Part. 3. ibi. «*Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa si non en lo que oviere menester ende para su despensa.*»

res, hortaliza etc., lo que ha menester para comer él y los de su casa, pero no para dar á otro, ni para vender (3). Si á alguno se le concede el uso de una casa, la puede habitar, pero no toda, sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad segun su condicion; pero no podrá alquilarla, y solo se le permite recibir huéspedes si quiere (4). El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche, lana, estiércol, todo aquello que necesite, segun sus circunstancias y número de su familia (5).

2—Finalmente, como el uso solo esta ceñido á la necesidad del usuario, es claro, que éste no puede venderlo, ni alquilarlo, ni concederlo graciosamente á otro, como tampoco las cosas que son su materia. (oo)

3—La tercera servidumbre personal se llama *habitacion*: ésta es *un derecho de habitar la casa ajena sin deteriorarla*. Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goce de todas aquellas piezas de la casa que estan destinadas para habitacion. De donde se infiere, que este derecho es mas pingüe y comprende mas que el uso de la casa (6).

(3) La misma ley 20. cerca del fin.

(4) Ley 21. tít. 31. Part. 3.—(5) Ley 21. ya citada.

(oo) Cuanto se ha dicho del usufructo tiene lugar respecto del uso, pero con las diferencias ya indicadas; y así, el usuario, debe usar la cosa fructífera como buen padre de familia, dar caucion semejante á la fructuaria, de que se ha hablado, y solo pagar los gastos del cultivo, las reparaciones, los tributos y cargas de la finca en el caso que todos sus productos los absorva la servidumbre, porque los demas corresponden al propietario. Aunque es constante que el usuario no puede alquilar, esto debe entenderse salvo el caso en que se presuma que es necesario hacerlo, para que el uso produzca utilidad, v. g., si se lega á un cochero el uso de algunos caballos.

(6) Cotéjese la ley 21. con la 27. tít. 31. Part. 3.

El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester, y el habitador las tiene todas con tanta amplitud, que puede concederlas gratis ó alquilarlas á otros, lo cual dijimos poco ántes que no podia el usuario (7).

4—De la misma definicion aparece claramente, que este derecho de habitacion es ménos pingüe que el usufructo de una casa (8): pues el usufructuario percibe los frutos de todas las partes que la componen, de suerte que se aprovecha de sus tiendas, de sus baños, huertas, jardines etc.: por el contrario, el habitador solo tiene las piezas destinadas a habitacion, y nada mas (pp).

5—La última servidumbre personal son las obras de los siervos. Por ella entendemos: *un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ajeno.* Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un siervo; porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad; y así, no puede locarlas a otro, como puede justamente aquel á quien se ha otorgado servidumbre de obras (qq).

(7) Ley 21. tít. 31. Part. 3.

(8) Ley 20. tít. 31. Part. 3. v. *La segunda manera es.*

(pp) El habitador debe usar de la casa de buena fé; guardarla sin deterioro por su culpa, y dar fianza de que la restituirá á su dueño ó á sus herederos en su muerte, ó cumplido el tiempo de su derecho: ley 27 tít. 31 Part. 3. Ademas, el que tiene la habitacion debe pagar las cargas y tributos á que está sujeta la parte del edificio destinado á la habitacion; y aunque esta doctrina no está espresa en la ley, ella es conforme con la equidad y con lo que respecto del uso dejamos espuesto.

(qq) Se ha dicho en otro lugar que en lás servidumbres tanto reales como personales, siempre hay un predio que

TÍTULO VI.

DE LA USUCAPION.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Qué es prescripcion.
3 Fundamentos y razones que lejitiman la prescripcion.
4 Requisitos para la prescripcion, y primeramente de la **buena fé.**
5 Otro requisito es el **justo título.**
6 De cuantas maneras es el título.
7 8 9 10 Cual es el que se necesita para las prescripciones que se espresan.
11 12 13 14 15 16 Tercer requisito que es la **cosa capaz,** y cuales son imprescriptibles.
17 El cuarto requisito es el **tiempo prefinido por la ley.**
18 19 20 21 22 23 24 25 De las prescripciones temporales
26 De la prescripcion inmemorial.
27 28 De la **posesion**, último requisito para la prescripcion, y de cuantas maneras puede interrumpirse.
29 Regla general sobre si aprovechan al sucesor los años que ha poseido su antecesor.

Dijimos arriba, que los modos de adquirir, unos eran de derecho de gentes, y otros de derecho civil. Los primeros establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion. Síguense ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural, sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos modos de adquirir por derecho civil, se dividen en *universales*, por los cuales se nos transfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; de suerte que este sucesor universal entra en todos los derechos de su antecesor, y recibe en sí todas sus obligaciones; y *singulares*, por los que no pasa todo el derecho de otro a nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos

sirve á otro ó á una persona, y en ésta es considerado el siervo como un predio. Se dice *ajeno*, porque si el siervo fuera propio, se sacaria utilidad de él por razon de dominio, no por razon de servidumbre.

otro en el dia mas de la herencia; de los singulares hay cuatro: *usucapion* ó *prescripcion*, *donacion*, *legado* y *fideicomiso.* Tratarémos primeramente de la prescripcion, y luego de los demas (rr).

2—La prescripcion podemos decir: que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capaz, por cierto tiempo establecido en derecho, habiendo buena fé, justo título,* y *estando en posesion de ella.* Antes de esplicar los cinco requisitos esenciales para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia, y utilidades que acarrea á la república (ss).

(rr) Las palabras *usucapion* y *prescripcion,* tenian en el antiguo derecho romano diversas significaciones: la primera era la adquisicion de la propiedad de alguna cosa por la posesion continuada, durante el tiempo prefinido por la ley; la prescripcion, por el contrario, no era sino una escepcion especial, por cuyo medio el que habia poseido de buena fé durante largo tiempo una cosa raiz, repelia al dueño que la reclamaba, y al acreedor hipotecario que intentaba hacer valer su derecho de hipoteca. La usucapion traia su oríjen de la ley de las doce tablas, y la prescripcion fué introducida por las constituciones de los príncipes. Aquella se verificaba por el transcurso de un año, con respecto á las cosas muebles en todas partes, y por el de dos años, con respecto á los bienes raices situados en Italia; mas la prescripcion no tenia lugar sino en las provincias, mediante el transcurso de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes. La usucapion transferia la propiedad, y la prescripcion no daba mas que la posesion y cierto derecho de escepcion contra la accion de reivindicacion del propietario. Justiniano quitó todas estas diferencias, y desde entónces prescripcion y usucapion no significan sino una misma cosa. Escriche, palabra *usucapion.*

(ss) *Prescripcion* es, *un modo de adquirir el dominio de una cosa, ó de libertarse de una carga ú obli-*

3—Es innegable, que el bien público se debe anteponer á todo otro particular: de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion, viendo que el público se interesa en el cultivo de las tierras, y en que los dominios de las cosas no estén inciertos. De otro modo el descuido y neglijencia de los poseedores, acarrearía notables perjuicios al Estado, y ninguno estaría cierto de que era verdadero señor de la cosa, á mas de estar siempre obligado á responder al que alegase dominio en ella, volviéndose de este modo los pleitos inmortales. Este es el motivo por qué, despues de varias controversias, se ha admitido la prescripcion, entre las na-

gacion, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones señaladas por la ley. Hay, pues, dos especies de prescripcion: una para adquirir, y otra para quedar libre ó exonerado: aquella puede llamarse *prescripcion de dominio;* y ésta, *prescripcion de accion.* La primera, suple á veces la falta de título ó de buena fé, y á veces cubre el vicio que tiene un título por no haber emanado del verdadero propietario: la segunda, suple la falta de recibo, finiquito ú otro de los documentos capaces de acreditar el pago ó cumplimiento de una obligacion. Resulta, pues, de aquí, que prescribir una accion, ó una obligacion, no es lo mismo que prescribir, v. g., una heredad ú otra cosa: prescribir una cosa es adqurirla ó hacerla suya; y prescribir una accion ú obligacion es, por el contrario, estinguirla ó acabarla. Como la prescripcion se ha establecido por causa del interes general, y es por consiguiente de derecho público, nadie puede renunciarla de antemano, aunque si puede hacerse tácita ó espresamente despues de adquirida, ya consintiendo formalmente ó con palabras claras y terminantes, ó ya por algun hecho que suponga el abandono del derecho adquirido. Véase á Sigüenza, *Cláusulas instrumentales*, lib. 1 cap. 35 n. 4.

ciones, siendo fuera de esto conforme al derecho natural, que *aquellas cosas que son de ninguno, cedan al primero que las ocupa*; y las cosas abandonadas por su dueño, las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y qué cosa se podrá llamar con mas razon abandonada, que aquella que en un espacio considerable de años, no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la posee? Con razon, pues, pierde el dominio de la cosa, en pena de su neglijencia; y porque las cosas que se tienen por abandonadas, ceden al primero que las ocupa (1).

4—Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que como se ha dicho ya, nacen de su definicion. El 1.º es la *buena fé*. Por ella entendemos un juicio recto, por el cual uno cree que es verdadero señor de la cosa; y así, si uno compra un libro, sabiendo que no es del vendedor sino de otro, no lo adquiere por prescripcion, pues se lo impide la mala fé. Nuestro derecho no requiere buena fé, sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato, ó de la adquisicion se crea uno dueño, de suerte que la mala fé superveniente no daña (2): v. g., si yo compro un libro, y despues de tenerlo dos años creyendo que habia comprado de un verdadero señor, comienzo á oir que no lo era del libro, con todo la prescripcion corre y yo adquiero. Pero esto se halla enmendado por el derecho canónico, que requiere buena fé contínua y perpétua, desde el principio de la prescripcion hasta el fin (3); y así se

(1) Ley 1. tít. 29. Part. 3. Véase á Olmeda, en el *derecho público de la paz*, tom. 1. cap. 11.

(2) Ley 12. tít. 29. Part. 3.

(3) Cap. 20 *de prescrip. Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, sinodali judicio deffinimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tam canó-*

practica (tt).

5—2.º El otro requisito es el *justo título*, esto es, una causa tal que sea hábil para transferir el dominio, como ya esplicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el título sea justo, sino es hábil para transferir el dominio, es absurdo creer que la cosa poseida de este modo se pueda prescribir; y así, v. g., si alquilé una casa y la he poseido por diez ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, porque la *locacion conduccion* no es título habil para transferir el dominio, aunque en sí es justísimo (4). De aquí se sigue, que no es suficiente para la prescripcion el error de justo título; v. g., tengo una cosa mue-

nica, quam civilis, cum generaliter sit omni consuetudini derogandum quæ absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut nulla témporis parte rei habeat conscientiam alienæ.

(tt) Gregorio Lopez glosa 1 á la ley 12 citada, Covarrubias lib. 1 *var.* cap. 3. n. 7, y otros autores dicen, que en este particular se observa el derecho canónico, que en el cap. últ. *de præscrip.* de las Decretales de Gregorio IX, establece deber durar la buena fé, hasta el complemento de la prescripcion. Lopez, en la glosa 2 de la ley 21 del mismo tít. 29 añade, deber seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de treinta años; y Vela, en su *disertacion* 48 n. 45 y siguientes, pretende estar apoyada esta sentencia en la ley 2 tít. 8 lib. 11 de la Novísima Recop. Covarrubias *in regula Possessor* part. 2 §. 8 n. 5, Castillo *de tertiis,* cap. 26 n. 13, y Molina *de primogen.* lib. 2. cap. 6 n. 66, avanzan á decir, que la mala fé impide tambien la prescripcion *inmemorial;* pero advierte el mismo Covarrubias en dicho §. 8 n. 4 y siguientes, tener lugar esta doctrina en el caso de constar ser mala la fé; porque la que solo es mala por presuncion, se quita por la prescripcion de treinta años.

(4) Véase la ley 9. tít. 29. Part. 3.

ble por mia, creyendo que la compré ó que me fué donada, si despues sé que no es así, aunque la haya tenido tres años no la prescribo (5), si no es que el error fuera invencible, procedente de hecho ajeno, que entónces valdría la prescripcion, como si uno mandase á su procurador que le comprara alguna cosa, y éste no lo hiciese así, sino que la hubiese sin título, y la entregase al señor diciéndole que la habia comprado, teniendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ajeno (6).

6—Antes de pasar adelante, es necesario advertir, que el título puede ser *verdadero*, ó *no verdadero*. Título *verdadero*, es aquel en fuerza del cual se transfiere el dominio sin necesidad de prescripcion, como cuando la cosa se ha comprado de su verdadero señor. El *no verdadero*, puede ser de tres maneras: *putativo, colorado y presunto*. *Putativo* se llamará, cuando se juzga que hay título, no habiéndolo hábil, como el que cree que una cosa la posee por donacion, siendo recibida en préstamo. *Colorado*, es aquel que tiene visos de verdadero título; pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdádero señor; pero el que la recibe cree que lo es. Título *presunto*, es aquel que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supuesto, veamos cual de estos títulos es necesario pára la prescripcion.

7—1.º El título *verdadero* no se requiere, ántes habiéndolo, no se dá prescripcion, porque ya se adquirió dominio.

8—2.º Para la prescripcion ordinaria de tres, diez

(5) Ley 14 tít. 29 Part. 3.
(6) Dicha ley 14, al fin.

y veinte años, se requiere título *colorado* (7).

9—3.º Para la prescripcion de larguísimo tiempo, esto es, de treinta, cuarenta y cien años, basta título *presunto;* y es la razon, porque con el curso de tanto tiempo presume el derecho que hay justo título no habiéndose reclamado la cosa; y aunque habiendo mala fe, no se prescriba segun derecho canónico, con todo, el derecho civil quita la accion para reclamar su cosa á los dueños (8), en atencion á las razones dichas.

10—4.º El título *putativo* no basta para la prescripcion ordinaria de tres años etc. (9), pero sí, para la de las servidumbres; y es la razon, por qué el uso de uno y paciencia del otro por tantos años, sirve de título.

11—Se sigue el 3.r requisito de la prescripcion, y es, que la cosa sea *capaz de ser prescripta.*

12—1.º Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fé, no solo por el ladron, lo cual es indubitable (10), sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan muchos autores (11), fundándose en la ley 5. tít. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast., y es enteramente cierto, que ningun poseedor de mala fé prescribe, si se atiende al derecho canónico que no admite prescripcion, si no es que el poseedor persevere en buena fé hasta el último dia de su complemento; y así, se tiene por derogada la

(7) Arg. de la ley 9. tít. 29. Part. 3. y de la 14. en el principio.

(8) Véanse las leyes 21. 23. y 27 de dicho tít. y Part. de las que se hace argumento para probar lo dicho.

(9) Ley 14. tít. 29. Part. 3

(10) Ley 5. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. Ley 2. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

(11) Vela, *Dis.* 48. núm. 45. Covarrubias, en la *regl. Possessor*. Molina, *de Prim.* lib. 2. cap. 6.

ley 21. tít. 29. Part. 3., la cual establece: que con treinta años de posesion, se adquiere la cosa de cualquier modo que la hubiere adquirido (12).

13—2.º Item: es imprescriptible el hombre libre (13).

14—3.º El sumo imperio y jurisdiccion civil y criminal que tienen los Reyes, y todo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir; pues con motivo de ser inherente a los huesos del Príncipe, es necesario serlo para gozarla (14).

15—4.º Está tambien enteramente prohibida la prescripcion, aun inmemorial, de los pechos y tributos debidos al Rey, como tambien de las alcabalas, en lo cual se declara que no corre el tiempo, y que la prescripcion se tiene por injusta y dañosa al bien comun (15).

16—5.º Las cosas hipotecadas, empeñadas, arrendadas, ó alquiladas, tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno; pues los que las tienen no poseen por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen (16) [*].

(12) Véase á Gregorio Lopez, en la glosa de dicha ley 21. tít. 29. Part. 3.

(13) Ley 24. de dicho tít. y Part.

(14) Ley 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. Ley 4. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

(15) Véase la dicha ley 1. al fin, y la 2. tít. 15. lib. 4. de la misma Rec. Ley 9. tít. 8. lib 11. Nov. Rec.

(16) Ley 4 tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec. y 22. tít. 29. Part. 3.

[*] Lo que reciben los presidentes, gobernadores y jueces, por cohecho ó baratería, contra la terminante prohibicion de la ley, no se prescribe por tiempo alguno; pues lo que en su principio es criminal y vicioso, jamas puede tener efecto; y así, la restitucion les amenaza constantemente. Tampoco pueden prescribirse las cosas de los pupilos y menores de veinticinco años, segun lo dis-

17—El 4.º requisito es el *tiempo prefinido por derecho;* y como éste es vario, segun la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripcion, una es *temporal* y otra *inmemorial.* Esplicarémos primero la diversidad de los tiempos que comprende la temporal, que se llama así por estar ceñida á cierto tiempo.

18—1.ª La primera prescripcion de esta naturaleza, es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayó el que salió por fiador de otro para presentarlo en juicio hasta cierto tiempo, y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año, contado desde el dia en que cayó en la pena, la prescribió, y no puede ser en adelante demandado (17).

19—2.ª La segunda prescripcion temporal, es la de tres años con que se adquieren las cosas muebles (18), y se prescriben los salarios de los criados, no pidiéndolos en todo este tiempo, contado desde que fueron despedidos de sus señores. Asimismo, pasados tres años, no pueden pedir lo que hubieren

pone la ley 9. tít. 19. Part. 6. Ni los bienes adventicios del hijo de familia, como espresamente lo determina la 8. tít. 29. Part. 3. Ni los bienes dotales que la muger dió al marido para sostener las cargas del matrimonio, segun dicha ley 8; á ménos que á pesar de ser el marido pródigo, calase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote; y por último, tampoco puede prescribirse lo que deja el testador, con prohibicion de que se enajene. Los fundamentos de cada una de estas disposiciones, se hallarán al alcance de cualquiera; y así creemos innecesario manifestarlos.

(17) Véase este caso espreso en la ley 10. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.

(18) Ley 17. tít. 29. Part. 3.

dado de sus tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecanicos por lo tocante á sus hechuras; y los especieros y confiteros, y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer (19), como tambien los salarios de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda sobre ello, ántes que hayan pasado los mismos tres años (20). (uu).

20—3.ª La tercera especie de prescripcion temporal es la de diez años, y con ésta se ganan los bienes raices entre presentes (21), y el derecho de ejecutar por obligacion personal (22).

21—4.ª La prescripcion de veinte años que es la cuarta, sirve para adquirir los bienes raices entre ausentes (23), y la accion personal y ejecutoria dada sobre ella (24).

22—5.ª La quinta manera de prescripcion, que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo segun derecho de Partidas, las cosas con mala fé; con la diferencia, de que habiendo buena fé, el que pres-

(19) Ley 9. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. Ley 10. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.

(20) Ley 32. tít. 16. lib. 2. Rec. de Cast. Ley 9. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.

(uu) El modo de contarse estos tres años se entiende, respecto de los sirvientes. desde el dia en que fueron despedidos, como se ha dicho; y de los demas, de aquel en que percibieron los servicios ó efectos; advirtiéndose que para impedir esta prescripcion, basta cualquiera peticion de la deuda, aunque sea estrajudicial: ley 10 tít. 11 lib. 10 Nov. Rec.

(21) Ley 18. tít. 29. Part. 3.

(22) Ley 6. en el principio, tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. Ley 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

(23) Dicha ley 18. tít. 29. Part. 3.

(24) Ley 6. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. Ley 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

cribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, si no es que sea el verdadero señor el que se la quitó; pero si la poseyese de mala fé no puede demandar la posesion, si no es que otro se la hubiese robado á él, ó la hubiese dado prestada ó alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la dicha cosa por no responder á la citacion; pues en este caso, si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregará, pagando las costas (25). Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria, y mista de real y personal (26).

23—6.ª La otra especie de prescripcion temporal es de cuarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raices; pues las muebles se pierden por tres años, como todas las demas.

24—Tambien se adquieren por el dicho tiempo, los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á todos los del pueblo (27), como siervos, viñas, navíos etc.; pues las públicas como plazas, calles etc., solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescríbese, finalmente, por cuarenta años, el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ó su heredero, ú otro alguno á quien él mismo la hubiese obligado otra vez (28).

25—7.ª La séptima especie de prescripcion temporal, aunque de larguísimo tiempo, es la de cien

(25) Ley 21. tít. 29. Part. 3.
(26) Ley 6. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. Ley 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec. y 21. tít. 29. Part. 3.
(27) Ley 7. tít. 29. Part. 3.
(28) Veanse las leyes 27. tít. 29. Part. 3. y la 6. tít. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. que es la 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raices de la Iglesia de Roma (29); y así, si alguno posee un campo que pertenezca a los dominios del Papa, por cualquier título que lo haya adquirido de alguno que no sea señor, no prescribirá, si no es que pasen cien años.

26—Síguese la prescripcion inmemorial, la cual no está reducida á tiempo cierto, y se llama así, porque para que lo sea, es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua, que no haya memoria de lo contrario. Debe, pues, probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que así lo oyeron decir a sus mayores, y que nunca vieron, ni oyeron decir lo contrario; y que de ello es pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra (30). Por esta prescripcion se adquiere el señorío de cualesquiera ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendiéndose sujeta á la suprema que reside en el Monarca, la que, como se ha dicho, no se puede prescribir.

27—5.º El último requisito para la prescripcion, es la *posesion contínua* (31) (vv). La palabra *posesion* no se toma aquí en sentido natural y gramatical, esto es, por la nuda detencion de la cosa, sino

(29) Ley 26. tít. 29. Part. 3.

(30) Ley 1 tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast., que se refiere á la 1. tít. 7. lib. 5. de la misma. Ley 4. tít. 8. lib. 11, y ley 1. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec.

(31) Ley 9. tít. 29. Part. 3, y la ley 29. del mismo tít. Arg. de la ley 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. Ley 4. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

(vv) La posesion debe ser no solo *contínua*, sino tambien *pacifica, pública, no equívoca* y *á título de propietario;* esto es, no interrumpida civil ni naturalmen-

en sentido civil y jurídico, en el que se requiere detencion corporal; y ánimo de adquirir (32). El que detiene, pues, la cosa de este modo con una contínua y no interrumpida posesion, y por el tiempo establecido por las leyes, adquirira el dominio por medio de la prescripcion. De aquí se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha: esta interrupcion puede ser de dos maneras, natural y civil (33): la *natural*, se verifica cuando uno es echado de la posesion, ó por el verdadero señor ó por otro: la *civil*, se hace por acto judicial, cuando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa, y éste es citado y emplazado por el juez (34). Impedida, pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido; de suerte, que si uno hubiera poseido la cosa raiz por nueve años y en el décimo se le interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos, (si no es que sea absuelto de la demanda); y así, debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripcion, desde el dia en que volvió a poseer

te; que sea adquirida sin violencia; que no pueda ocultarse á la persona contra quien se prescribe, ni dudarse si el tenedor de la cosa goza de ella por sí mismo ó por otro; y en fin, se requiere que sea *á título de propietario*, porque no pueden prescribir lós que poseen á nombre de otro, como por ejemplo, el colono, arrendatario, depositario, usufructuario, comodatario, y todos los que tienen precariamente la cosa ajena: leyes 9. tít. 29. y 5, tít 30. Part. 3.

(32) Ley 1 tít. 30. Part. 3. *Tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento.*

(33) Ley 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. Ley 4. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

(34) Ley 29. tít. 29. Part. 3.

la cosa (35) (xx).

28—No solamente se interrumpe la prescripcion mediante demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa, y protesta de que solo por impedimento no lo demanda en juicio (36); y si el poseedor es huérfano, ante su tutor (37) (yy).

29—Resta ahora investigar, si al sucesor aprovechan los años que ha poseido el antecesor; v. g., ¿si yo prescribiré una cosa raiz que mi padre poseyó seis años, poseyéndola yo los cuatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continúa la posesion de su antecesor, sea sucesor úniversal, sea singular, siempre que ámbos tengan buena fé*; pero para comenzar la prescripcion desde sí mismos, no les daña la mala fé de su antecesor (38).

(35) Ley 29. tít. 29. Part. 3.

(xx) Para ganar la posesion es suficiente un año y un dia, de modo, que si á este tiempo se agrega título y buena fé en faz y paz de quien la demanda, no está obligado el poseedor á responder sobre la posesion: ley 6. tít. 8. Part. 3. La posesion se pierde: 1.º Siempre que la cosa se reduzca á tal estado, que no pueda tenerse corporalmente ni con la voluntad: 2.º En los bienes raices ó fincas se pierde si el acreedor es arrojado de ellas por fuerza, ó si no estando presente se las usurpa otro y le impide la entrada, ó bien si viendo que se apoderan de sus bienes, lo consiente no impidiendo tal usurpacion. Tapia, lib. 2 tít. 1 cap. 4 n. 20.

(36) Ley 30 tít. 29 P. 3.—(37) Leyes 29 y 30 citadas.

(yy) Los cinco requisitos exijidos para la prescripcion, y de que se ha hecho mérito anteriormente, se comprenden en el siguiente dístico:

Sit res apta, fides bona, et titulus quoque justus,
Possideas justè, completo tempore legis.

(38) Ley 16. tít. 29. Part. 3.

Título VII.

DE LAS DONACIONES.

SUMARIO.

1 Qué es donacion ó **donadio**.
2 Se divide en una que se hace **inter vivos** y otra **causa mortis**.
3 Quiénes pueden donar.
4 Quiénes no pueden donar entre vivos.
5 La donacion requiere aceptacion.
6 Qué cosas no pueden donarse.
7 Diferencias entre las donaciones ya esplicadas.
8 Aunque la donacion entre vivos es irrevocable. esta regla padece sus escepciones, y cuales sean éstas.
9 De la dote.
10 Qué se entiende por **arra**, y de cuantas maneras es.
11 De la donacion llamada **sponsalitia largitas**.
12 A cuanto pueden ascender estas donaciones.
13 Otra especie de arras.
15 La viuda o sus herederos, deben llevar todo lo que el esposo la dió si no hubo arras en el casamiento; y si las hubo, elegirán aquellos, tomando las arras ó lo que el marido dió à la muger.

DONACION es, *una liberalidad hecha á otro, sin que ningun derecho nos obligue á ello* (1). Se llama *liberalidad*, porque no puede verificarse donacion, sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea *hecha á otro*, porque ninguno puede donarse á sí mismo. Finalmente, debe ser, *sin que ningun derecho nos obligue á ello*, porque cuando uno dá á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

2—La donacion en general, se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte* (2). La primera, es la que se hace sin respecto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda, se verifica por miedo, ó con respicencia á ella, de suerte, que el donante quiere mas tener la cosa que darla,

(1) Leyes 1. tit. 4. Part. 5, y 1. tít. 7. lib. 10. Nov. Rec. *El traspaso gracioso que uno hace á otro del dominio que tiene en alguna cosa.*

(2) Leyes 1. y 11. tít. 4. Part. 5, y 6. tít. 12. lib. 3. del Fuero Real.

si no es que muera. Para entender la diferencia de estas dos donaciones, es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ó si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso, es donacion entre vivos, esté sano o moribundo el que la hace. En el segundo, es donacion por causa de muerte, ahora esté próximo el peligro, ahora no.

3—Esto supuesto, veamos quién puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que transfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto, ó para lo por venir. Dominio entre vivos no puede transferir sino solo el que es señor, y tiene la libre administracion de sus bienes (3). La donacion por causa de muerte, como es muy semejante á la última voluntad, solo aquel transfiere el dominio de este modo, que puede hacer testamento.

4—De estos axiomas se infiere que no puede donar entre vivos: 1.º el menor de 25 años: 2.º el loco, desmemoriado ú pródigo, á quien le está prohibida la administracion de sus bienes: 3.º el hijo que esta bajo el poder de su padre, sin su licencia, si no es que fuese del peculio castrense, ó cuási-castrense, del cual puede disponer á su arbitrio: pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa (4). 4.º el que es reo de delito de lesa-magestad, á no ser que lo cometa despues de hecha la donacion (5), aunque éste y todo condenado á muerte, puede donar de los bienes que no le han sido confiscados (6).

(3) Arg. de la ley 1. tít. 4. Part. 5.
(4) Ley 3. tít. 4. Part. 5.—(5) Ley 2. del mismo tít.
(6) Ley 3. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 4. tít. 6.

5—Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y éste no se puede hacer sin promesa de parte de uno, y aceptacion de parte de otro, se sigue: que la donacion requiere aceptacion, sin que se deba poner en esto diferencia entre la donacion por causa de muerte, y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; ántes bien en esto consiste la diferencia entre la donacion por causa de muerte, y el legado o fideicomiso, pues aquella se debe aceptar por el donatario presente; y el legado o fideicomiso se puede dejar al ausente, ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas, pues es evidente que ninguno puede donarse á sí mismo. Esta es la razon de no valer la donacion entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon habia antiguamente para que no valiese la donacion entre marido y muger; pero nuestro derecho las prohibe, porque el mútuo amor seria causa de que empobreciesen haciéndose donaciones cuantiosas (7); y se prueba ser esta la razon mas propia, de una ley del Fuero Real, que permite hacer estas donaciones pasado el primer año en el que se deja ver, que el amor será mas vivo y tierno (8).

6—Hemos dicho que la donacion es una liberalidad, y ésta debe transferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen, pues, todas las que están en el comercio de los hombres, por lo cual no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, públicas etc. Son tambien útiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones

lib. 11. Nov. Rec.

(7) Ley 4. tít. 11. Part. 4.

(8) Ley 3. tít. 12. lib. 3. del Fuero Real.

etc.; y así, no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros, de alguno que fuese tan liberal, ó por mejor decir, tan prodigo que los quisiere donar. Pero para evitar los graves inconvenientes que tendría semejante donacion, la ha prohibido espresamente el derecho, estableciendo que ni aun los bienes presentes se puedan donar (9). Finalmente, las cosas ajenas, pueden prestar utilidad; y así, se pueden donar; pero esta donacion solo producira efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa con buena fé, esto es, creyendo que el que se la dona es el verdadero señor, pues entonces adquirirá la cosa por prescripcion, si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

7—Las dos especies de donaciones ya esplicadas, se diferencian primeramente en el modo de donar. La donacion entre vivos, como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y así no necesita de solemnidades algunas; pero la donacion por causa de muerte, necesita de tres ó cinco testigos, por participar de la naturaleza del testamento: 2.º Se diferencian por razon de la libertad de donar; y así, como entre vivos hay peligro de llegar á pobreza si se hacen donaciones cuantiosas, por eso se ha mandado que esta donacion no esceda de 500 maravedís de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda, hacen 1.280; y para que la donacion pueda ser mas cuantiosa de lo dicho, es necesario sea hecha á lugares piadosos, ó al Rey, ó que se haga con escritura pública, y otorgamiento del juez (10). Mas

(9) Ley 8. tít. 10 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 2. tít. 7. lib. 10. Nov. Rec.
(10) Ley 9. tít. 4. Part. 5.

la donacion por causa de muerte, como no vale ni tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante por grande que sea, no necesita de insinuacion (zz): 3.º Se diferencian en el efecto. La donacion entre vivos vale al punto, y una vez hecha, no se puede revocar sin causa; pues aquello que se hace por mútuo consentimiento, no se puede disolver sino por mútuo disentimiento; pero la donacion por causa de muerte, siempre es revocable, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades, que son variables como el hombre, hasta el punto de la muerte: 4.º Se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para transferirlo; pero el título no dá sino solo derecho á la cosa, y para tenerlo en la cosa, es necesaria la subsiguiente tradicion. Así, pues, no me hago señor de la cosa donada, hasta que se verifique la tradicion. Por el contrario, porque la donacion por causa de muerte es semejante á la última voluntad, y por ésta pasa el dominio á nosotros sin tradicion, luego que el testador ó donante ha muerto, de aquí es, que las cosas donadas de esta suerte, se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiéndolas revocado ántes: 5.º Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la donacion entre vivos, goza del beneficio de *competen-*

(zz) Tampoco necesitan de insinuacion, ó aprobacion judicial, las donaciones *antidorales* ó remuneratorias, porque no son sino compensaciones de los beneficios recibidos; las del tercio y remanente del quinto, hechas á los descendientes lejítimos, porque hasta la muerte del donador, no puede saberse si pasarán de los quinientos maravedís de oro; las dotes ó donaciones por razon de casamiento; las renuncias de herencias y derechos futuros; las recíprocas, y otras.

cia, y no se le condena en toda la cantidad, no teniendo con qué pagar; pues se le debe dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar. Finalmente, se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos, como solo dá derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, ó á los legados, se pide con las mismas acciones que éstos, conviene á saber: reivindicatoria, hipotecaria y personal contra el heredero.

8—Hemos advertido poco ha, que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla (como todas), tiene sus escepciones. La 1.ª es, si la donacion hecha es *inoficiosa;* y se llama así, aquella por la cual los hijos del donante son dañados en su parte legítima, y se revocará en toda aquella cantidad en que esceda del quinto de que tiene el padre libre disposicion (11): 2.ª Se revoca tambien todo lo que esceda de 500 maravedis de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones cuantiosas (12): 3.ª Revócase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es, ó *simple* cuando uno no agradece, ni hace bien a su bienhechor, ó *grave* cuando le hace mal; es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda, de la cual asignan las leyes cuatro casos: 1.º Cuando el donatario deshonra de palabra al donante, ó le acusa de algun delito por el cual merece pena de muerte ú otra semejante: 2.º Cuando le injuria de hecho, poniendo manos

(11) Ley 8. en el fin, tít. 4. Part. 5.
(12) Ley 9. en el fin, tít. 4. Part. 5.

airadas en él: 3.º Cuando le hace grande daño en sus cosas: 4.º Cuando le procura la muerte (13). Pero es digno de notarse, que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si él no la revocó en vida, se hace juicio que perdonó la injuria; y es regla general, que *las acciones que miran solamente á la venganza, no se dan á los herederos*. Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el donante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para la venganza, y ésta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero. Se puede, finalmente, revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como espresamente lo dispone nuestro derecho (14).

§. UNICO.

De las donaciones llamadas propter nuptias.

9—Hay varias donaciones entre el hombre y la muger, ántes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y no es otra cosa, que aquel caudal ó bienes que la muger dá al marido por razon de su casamiento, á efecto de ayudar á sostener las cargas del matrimonio: de ésta hemos tratado en otra parte.

10—Las *arras* son de tres maneras. Unas son lo que el esposo dá ú ofrece á la esposa por razon de la dote que con ella recibe; ó por honor del matrimonio, y atencion á la virtud, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada, ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza; y esta donacion se llama vulgar-

(13) Ley 10. tít. 4. Part. 5.
(14) Ley 8. tít. 4. Part. 5.

mente *Arra*, y por derecho de Partidas, *Donacion propter nuptias* (15) (ab).

11—Lo que el esposo dá simple y francamente á la esposa para su adorno, v. g., anillos, aderezos etc., ó ésta à él ántes que el matrimonio sea consumado, pero con esperanza y fin de casarse, se llama en latin *Sponsalitia largitas;* pero tácitamente se entiende, que tal donacion como esta la debe restituir el donatario al donante, si fuese en su culpa, que el matrimonio no se cumpla (16). Y si acaeciese morir alguno de ellos ántes de consumarse, debe restituirse la donacion íntegramente al que la hubiere hecho, ó á sus herederos. Pero si fuere hecha por el esposo á la esposa, y la hubiese besado, no debe restituir ésta, ni sus herederos mas que la mitad, y la otra mitad la pueden retener para sí (17).

(15) Véase la ley 1. tít. 11. Part. 4. Véase á Gomez, en la ley 50. de Toro, n. 12.

(ab) Donacion *propter nuptias*, ó por razon de casamiento, es *la que los padres hacen á sus hijos, para sostener con decoro las cargas del matrimonio:* leyes 5 tít. 3. y 9, tít. 6 lib. 10 Nov. Recop. La *donacion que hace el esposo á la esposa en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, es lo que llamamos *arras:* leyes 1 y 2, tít. 11 Part. 4. Ademas, la palabra *arras*, con referencia al matrimonio, significa segun la ley 1ª ántes citada, ya la prenda que se dá en señal de que se cumplirá el contrato, ya la donacion *propter nuptias* tal como la establecieron las Partidas, ya por último, las trece monedas que en señal del matrimonio contraido, pone el marido en manos de la muger en el acto de las velaciones. Basta decir ahora, que las *arras* de que aquí nos ocupamos, nada tienen de comun con la donacion *propter nuptias* del derecho romano y de las Partidas, que no está en uso entre nosotros.

(16) Ley 3. tít. 11 Part. 4.—(17) Dicha ley 3.

12—Veamos ahora á cuanto pueden ascender estas donaciones. Sin embargo de que por las leyes (18) se permite poder hacer el marido à la muger, y ella á él, durante el matrimonio y siendo consumado, donacion de algunos bienes no haciéndose el uno mas rico, y el otro mas pobre; es de advertir, que el marido no puede dar ni ofrecer á su muger en arras ni en otra cosa alguna, mas que la décima parte de sus bienes, que líquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ó al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real, confirmada por otra de Recopilacion (19), en que se manda no se pueda renunciar aquella, y que en caso de hacerse, sea nula la renuncia. Ni tampoco puede dar el marido á la muger en dichas arras, joyas ó vestidos, mas que lo que importare la octava parte de la dote que con ella recibiere (20), sin que pueda tampoco renunciar este derecho; y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere esceso, deben ser aplicadas á la Real Càmara (21) (ac).

(18) Véanse las leyes 4. 5. y 6 tít. 11. Part. 4.

(19) Ley 2. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley 2. tít. 2. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

(20) Leyes 4. y 5. tít. 2. lib. 5. Rec. de Cast. Leyes 3. y 7. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

(21) Ley 5. del dicho tít. 2. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 7. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

(ac) Para atajar los desórdenes que suele haber en esta materia, está mandado: que los mercaderes, plateros, longistas y cualesquiera otros tratantes, no puedan en tiempo alguno pedir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para las bodas, á cualesquiera personas de cualquier estado, calidad y condicion que sean, no debiendo siquiera ser admitida su demanda: leyes 6, 7 y 8, tít 3 y 2, tít. 8 lib. 10 Nov. Recop.

13—La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es, lo que los esposos de futuro se entregan ántes de contraer matrimonio en señal ó prenda, para justificar y hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen, para que la pague el que se aparte de celebrarlo (22); lo cual, segun parece, ya no se practica en el dia.

14—Véase sobre todo este párrafo á Febrero, cap. 2 de la Librería de Escribanos §. 1 y 2, á Colon de Escribanos tomo 2 cap. 3, á Gomez en la ley 52 de Toro, y todo el tít. 11 de la Part. 4. Y se advierte, por conclusion de este título, que cuando muere el marido despues de consumado el matrimonio, llevará la muger ó los suyos, todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo, elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras ó lo que el marido la dió; la cual eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y pasados, la harán ellos, y podrán darla de las dos cosas la que quieran (23).

(22) Véase la ley 1. tít. 11. Part. 4.
(23) Ley 4. tít. 2. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 3. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

APÉNDICE

DE LA DOTE Y BIENES EXTRADOTALES.

SUMARIO.

1 Definicion de la dote.
2 Divisiones de la dote
3 Casos en que se transfiere al marido el dominio irrevocable de la dote.
4 La muger menor necesita de licencia judicial, para entregar la dote consistente en bienes raices al marido.
5 6 Quiénes están obligados á dotar.
7 De dónde, y como debe pagarse la dote ofrecida por los padres.
8 Cómo se constituye la dote, y en qué bienes puede consistir
9 El error de causa no vicia la dote; y caso en que el que la constituye, queda obligado a la eviccion.
10 Restricciones para moderar las dotes escesivas.
11 Qué puede hacer la muger si el marido disipa la dote.
12 En qué caso puede el marido revocar la enajenacion de la dote inestimada.
13 Cuando tiene lugar la restitucion de la dote.
14 Casos en que no tiene lugar la devolucion de la dote.
15 Efectos de esta restitucion, cuando la dote es profecticia ó adventicia.
16 La muger no puede, en el caso de la dote estimada, ser compelida á recibir los mismos bienes, si hay dinero.
17 Cuando una finca dotal inestimada se permutare con otra, ésta reemplaza á aquella.
18 El marido ó sus herederos tienen derecho á retener el importe de las mejoras que se espresan, al restituir los bienes dotales inestimados.
19 A qué esta obligado el marido cuando la dote consiste en créditos no realizados.
20 Quiénes gozan del beneficio de competencia, en esta materia de la dote.
21 La muger tiene tácita hipoteca en los bienes del marido.
22 De la dote confesada y entregada.
23 De los bienes extradotales.
24 Diferencias entre éstos y los bienes dotales.
25 A quién compete la administracion de los bienes parafernales.
26 Casos en que el marido es obligado á reintegrar á la muger estos bienes.
27 Los frutos de los bienes parafernales, se reputan gananciales.

Dote es, *el algo que dá la muger al marido por razon del casamiento* (1), ó como ya dijimos, un caudal ó porcion de bienes que la muger dá al marido para ayudar á sostener con sus frutos, las cargas del matrimonio.

(1) Ley 1. tít. 11. Part. 4.

2—Se divide la dote en adventicia y profecticia; en estimada y no estimada, y en necesaria y voluntaria. Dote *adventicia* es, *la que dá la muger por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que dá por ella su madre, ó algun otro pariente que no sea de la línea recta paterna, ó algun estraño.* Dote *profecticia* es, *la que se constituye con bienes del padre ó abuelo paterno, ó con otros dados para este efecto en contemplacion suya, por un pariente ó estraño* (2). Dote *estimada* ó apreciada es, *aquella en que apreciándose los bienes, el marido se hace cargo del valor, y se obliga á restituir en su caso, la cantidad fijada, no las cosas mismas que recibió.* Dote *inestimada* es, *la que se entrega al marido para que se aproveche de ella y la conserve, devolviendo á su tiempo las mismas cosas que recibió* (3). Dote *necesaria* es, *la que constituyen el padre y demas que por la ley tienen esta obligacion;* y *voluntaria, la que dá la muger por sí misma, ú otra persona que no tiene obligacion de darla* (4).

3—Aunque la dote es patrimonio propio de la muger, y puede constituirse y aumentarse ántes y despues de contraido el matrimonio (5), se transfiere irrevocablemente al marido así el dominio civil, como el natural de los bienes dotales, en dos casos: 1.º Cuando la dote consiste en bienes muebles que se consumen con el uso, y son los que se cuentan, miden y pesan, ó dinero; 2.º cuando, aunque sean de otra clase, se le dan valuados con estimacion que causa venta, esto es, cuando se aprecian de tal suerte, que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan. En ámbos ca-

(2) Ley 2. tít. 11. Part. 4.—(3) Ley 16. allí.
(4) Ley 8. allí.—(5) Ley 1. tít. 11. Part. 4.

sos puede hacer de los bienes dotales lo que guste, como si fuesen suyos, y es de su cuenta y riesgo el incremento ó deterioro que tuvieren, aunque esto no haya acaecido por culpa suya (6). Mas si los bienes dotales son inmuebles, y el marido los recibe sin apreciar ó con estimacion que no causa venta, pertenece á la muger el dominio natural irrevocable en ellos, como tambien su deterioro ó aumento; y el dominio civil, que es la administracion y el usufructo, al marido, quien no puede enajenar, obligar ni hipotecar dichos bienes, aunque su muger lo consienta, porque jamas se traslada á él su dominio natural y verdadero (7).

4—Si la muger fuere menor de 25 años, no puede entregar la dote en bienes raices, sin licencia judicial; pero puede entregarla en bienes muebles, con solo el consentimiento de su curador (8); y debe advertirse, que si con motivo de la celebracion del matrimonio, ó durante el mismo, hace la muger al marido promesa simple ó entrega de cierta cosa ó cantidad de dinero, se supone que la hace por causa de dote (9).

5—El padre está obligado á dar dote á la hija constituida en su poder, así en el caso de que ella tenga bienes propios, como en el de que no los tenga (10), mediante á que la dote se dá para facilitar el matrimonio y para ayuda de sus cargas. Sin embargo, si

(6) Esto se entiende verificándose el matrimonio, porque si no tuviere efecto, aunque los bienes dotales estén en poder del novio ó esposo, toca á la novia el deterioro ó aumento de ellos: leyes 7, 18. y 21, tít. 11. Part. 4.

(7) Tapia, lib. 1. tít. 2. cap. 3. n. 5. Véase la ley 25. tít. 11. Part. 4.

(8) Ley 14. tít. 11. Part. 4.

(9) Antonio Gomez, en la ley 53. de Toro n. 20.

(10) Ley 8. tít. 11. citado.

la hija se casare contra la voluntad de su padre, ántes de llegar á la edad de 25 años, con sugeto indigno por su calidad ó sus costumbres, perderá el derecho á ser dotada, en pena de su ingratitud é inobediencia, y solamente lo tendrá à los alimentos naturales en caso de ser pobre (11). Tampoco impone la ley (12) al padre la obligacion de dotar á la hija natural ni á la lejítima emancipada (13), aunque si lo está el abuelo respecto de la natural, cuando ésta no tiene bienes propios (14).

6—La madre que es hereje, judía ó mora, está obligada á dotar á la hija cristiana, y tambien cuando ella es rica y el padre pobre ó desconocido, ó la hija no tiene bienes (15). Finalmente, el tutor ó curador, ó cualquiera persona que tenga en su poder alguna muger con todos sus bienes, puede ser apremiado á casarla y á constituirle dote (16); advirtiéndose, que si la madre o abuela guardadora dotase á su hija ó nieta, se entiende que lo hace con bienes de éstas y no de los suyos; pero si las ofrecen en dote mas de lo que importan sus bienes, es visto

(11) Tapia, lib. 1., tít. 2. cap. 3. n. 13.
(12) Dicha ley 8. tít. 11. Part. 4.
(13) No podemos aceptar la opinion de Gregorio Lopez en la glosa 4. á dicha ley 8, ni la de Covarrubias part. 2. *de matrim.* cap. 8. §. 6. n. 15, que creen que el padre debe dotar á la hija emancipada y á la natural: esta opinion nos parece contraria al tenor y espíritu de la dicha ley 8, aunque el Tapia en el lugar citado n. 14, es de parecer que estando obligado el padre natural á dar alimentos á la hija, lo está por consiguiente á dotarla, cuya obligacion estiende tambien al abuelo, bien que en este caso está muy espresa la ley.
(14) Ley 8. tít. 11. Part. 4.
(15) Ley 9. allí, y Gregorio Lopez glosa 1. á esta ley.
(16) Ley 9. citada.

haberlas prometido de los suyos el esceso, y lo mismo debe entenderse si la hija ó nieta no tiene bienes, pues entónces se presume que la oferta se ha hecho por razon de parentesco y afecto materno (17) (ad).

7—Si el marido y la muger casaren, durante el matrimonio, alguna hija comun y ámbos le prometieren la dote, ámbos deben pagarla de los bienes gananciales; y si no hubiere los suficientes para cubrirla, deberán ámbos pagar por mitad lo que faltare ó el todo en su caso, de sus bienes propios: mas si solo el marido prometiere la dote, debe sacarse igualmente de los bienes gananciales; y no habiéndolos, de los bienes propios del mismo marido y no de los de la muger (18). Si el padre, al hacer la promesa

(17) Tapia, lugar citado n. 15.

(ad) Ademas de estos casos, hay otros en que es obligatorio el dotar, y son los siguientes: 1.º Cuando alguno que tiene la libre administracion de sus bienes, pudiendo por consecuencia contraer, la hubiese prometido, pues en tal caso deberá constituirla á favor de aquella á quien la prometió: ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.: 2.º El estraño está obligado á dotar la hija ajena, cuando ha sido estuprador de ella y no quiere casarse, conforme al derecho canónico, en el cap. 1 de las Decretales de Gregorio IX *de adult. et stupr.*; 3.º y finalmente, entre las dotes *necesarias* se enumeran tambien las que se constituyen para contraer los matrimonios militares, y de aquellas personas que designa el reglamento del montepío militar del año de 1796, cuya cuota se arregla segun las clases de los privilejiados, y las personas con quienes se enlazasen; debiendo observarse, que de capitanes inclusive arriba, no es precisa la dote, y solo están obligados á otorgarla en finca hipotecaria los que aspiran al matrimonio con oficiales subalternos, ó con los demas que espresamente nomina ese Real Decreto.

(18) Ley 53. de Toro, ó ley 4. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

de la dote, manifestare que la hace por cuenta de la lejítima paterna y no de la materna, aunque haya gananciales no ha de satisfacerse de ellos, sino de los bienes del mismo padre; pues se entiende haber querido relevar á su muger de la obligacion de contribuir á la dote con la mitad de gananciales que le pertenecen; bien que no alcanzando los bienes paternos á cubrir la promesa, deberá suplir la madre de su mitad de gananciales, pero no de sus bienes propios, lo que en este caso faltare, porque como la dote es una carga de la sociedad conyugal, no puede el marido eximir de ella á su muger en perjuicio de la hija.

8—La dote puede consistir en toda clase de bienes, y se constituye puramente, bajo condicion, desde ó hasta cierto tiempo y para tiempo incierto, de presente ó á plazo; y está sujeta á las mismas reglas que los demas contratos, como no se opongan à la moral ó á las leyes (19). Cuando la dote ha sido prometida y no entregada, tiene el marido hipoteca tácita de los bienes del que la prometió hasta que la satisfaga (20). El plazo señalado para el cumplimiento de la promesa de dote, comienza á correr desde la celebracion del matrimonio, á no ser que otra cosa se infiera de las palabras en que se espresó (21). Por último, toda promesa de dote, lleva en sí implícitamente la condicion de que ha de efectuarse el matrimonio (22).

9—El error de la causa porque se constituye la dote, no la vicia ni dá lugar á que se revoque, cu-

(19) Leyes 10, 11, 12, 13 y 30 tít. 11. Part. 4.
(20) Ley 23. tít. 13. Part. 5.
(21) Ley 12. tít. 11. Part. 4.
(22) Ley 11. tít. 11. Part. 4.

ya disposicion tiene su fundamento en las obligaciones que impone el matrimonio (23); y debe saberse que el que la constituye, queda obligado á la eviccion y saneamiento de las cosas en que consiste, siendo estimada; pero siendo inestimada, solo estará obligado á ello en el caso de haberlo prometido espresamente, ó de haber procedido de mala fé dando como propio lo que sabia que era ajeno (24). Si el que dá ó recibe la dote *apreciada*, se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en cuálquier cantidad que sea, aun cuando no esceda ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilejio está concedido al contrato dotal en favor de la dote (25). Y se advierte, que la accion para repetir el engaño, no prescribe miéntras no llega el caso de la restitucion; á ménos que al tiempo de constituirla se renuncie, porque la ley no prefine término para ello (ae).

10—La dote debe ser proporcionada á la posecion social, riquezas, y número de hijos del que la cons-

(23) Leyes 7. tít. 11. Part. 4, y 35. tít. 14. Part.5.
(24) Ley 22. tít. 11. Part. 4.
(25) Ley 16. tít. citado, y Gregorio Lopez en ella.
(ae) La dote puede tambien constituirse: 1.º Por *tradicion* ó entrega, si la muger ú otro por ella, diese desde luego al marido alguna cosa sin preceder promesa ni pacto alguno; ó si la entregase á otro en nombre del marido, en cuyo caso deberá confirmar la entrega para que sea de su cargo el riesgo de su pérdida: 2.º Por *liberacion*, si debiendo él alguna cosa á la muger, ésta se la diere en dote, dándose por pagado como si la percibiese; ó si siendo deudor á otro, éste se diere por satisfecho de la deuda, cediéndola en dote á nombre de la muger; y 3.º Por *delegacion*, cuando la muger manda á su deudor que dé la deuda en dote á su marido, y aquel promete darla á éste: ley 13 tít. 11 Part. 4.

tituye. La vanidad, prediliccion indiscreta de algunos padres, y el deseo de dar mejor colocacion á las hijas, con perjuicio á veces de los hijos, han dado lugar á diferentes disposiciones legales (26) para moderar tales escesos: en ellas, tomando por base la fortuna de los padres, se han establecido reglas para cortar los abusos; pero una costumbre generalmente recibida, ha venido á dejarlas sin observancia. Sin embargo, puede considerarse como verdadera limitacion de las dotes, la que establece que nada puede darse á las hijas por causa de dote, que esceda de lo que por lejítima les corresponde (27), de cuya materia se tratará mas adelante (28).

11—Si el marido disipare los bienes por el desarreglo de su conducta ó de sus costumbres, de modo que pueda temerse con razon que caerá por su culpa en estado de pobreza, tiene derecho la muger á pedir judicialmente que se le entregue la dote, ó que se afiance su restitucion ó que se deposite en persona lega, llana y abonada, que la administre y entregue á ella ó al marido los frutos ó ganancias para la manutencion de la familia: ésto no es estensivo al caso en que el marido viniese á pobreza por acaso, ú otras desgracias que no sean imputables á

(26) Leyes 6 y 7, tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.
(27) Ley 6. citada.
(28) Segun las leyes 6. y 7. citadas anteriormente, el que tiene doscientos mil maravedís hasta quinientos mil de renta, puede dar á cada hija por sola una vez, un cuento de maravedís en dote: el que pasa de los quinientos mil y llega hasta un millon y cuatrocientos mil maravedís, cuento y medio; y el que tiene millon y medio de renta, la de un año; y si tuviere mas, no deberá esceder de doce cuentos de maravedís, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el esceso.

su mala conducta (29).

12—El marido que hubiese hecho indebidamente la enajenacion de los bienes dotales inestimados, puede revocarla durante el matrimonio, quedando sujeto á los daños y perjuicios del comprador, si no le manifestó al hacer el contrato, la calidad que tenian de dotales inestimados los bienes que le vendia; y despues de disuelto el matrimonio, podrá la muger ó sus herederos recobrar estos bienes ó su importe del comprador, á eleccion de éste, haciendo prévia escucion en los bienes del marido (30).

13—Cesando la necesidad de atender á las cargas del matrimonio, que es el objeto de la dote y la razon porque pasa á dominio del marido, debe éste ó sus herederos, restituirla á la muger ó à sus sucesores, ó bien al mismo dotante ó á la persona designada por él, en caso de haberse constituido con pacto de reversion (31). Disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, por cualquier impedimento que lo anule, ó por divorcio, debe restituirse la dote que consistiere en bienes raices, desde luego, y dentro de un año, la que fuere de bienes muebles ó dinero (32). Esceptúase, sin embargo, de esta regla el padre que tuviere hijos menores constituidos en su potestad, porque conserva la administracion lejítima de los bienes de sus hijos (33), y es usufructuario de los dotales que heredaren de la madre.

14—Hay tambien otros casos en que cesa la obligacion de devolver la dote, y son: 1.º por adulterio

(29) Leyes 1. tít. 9. Part. 3, y 29. tít. 11. Part. 4.

(30) Antonio Gomez, en la ley 53. de Toro n. 63, y Olea *de cess. jur.* tít. 5 *quæst.* 12. n. 11.

(31) Leyes 23, 26, 30. y 31. tít. 11. Part. 4.

(32) Leyes 26. y 31. citadas.

(33) Ley 31. citada.

de la muger: 2.º si fuere costumbre antigua usada en el lugar, que por muerte de la muger quede al viudo, no habiendo hijos; y 3º, cuando se anula el matrimonio por algun impedimento dirimente que ignoraba el marido, pero que la muger sabia y ocultó maliciosamente (34).

15—La dote, bien sea profecticia ó adventicia, debe ser restituida por el marido ó sus herederos, á la muger ó á los suyos; de manera que, si el padre dió la dote, la lleva á colacion la hija en la division de los bienes paternos, y en la de los maternos si la dió la madre. Mas si la dió un tercero, se hace por la restitucion, disuelto el matrimonio, propia de la muger sin restriccion ó consideración alguna; si no es que el que la dió pusiese algun pacto de reversion, el cual deberá guardarse (35).

16—Así como en la dote estimada solo está obligado el marido á restituir el precio en que fueron tasados los bienes, la muger á su vez no puede ser compelida á recibir los que llevó, si existe dinero con qué hacerle el pago; pero si no lo hay, ó habrá de tomar los mismos bienes ú otros, prévia tasacion. En la dote inestimada debe hacerse la restitucion en los mismos bienes de que se hizo la entrega. Cuando la dote ó parte de ella consistió en bienes fungibles que no se valuaron, ha de restituirse otro tanto de la misma especie y calidad, ó el valor que tuvieren al tiempo de la disolucion del matrimonio (36).

17—Cuando una finca dotal inestimada se permutare por otra ó se vendiere comprándose otra por su precio, se entenderá la nuevamente adquirida reem-

(34) Leyes 23. tít. 11. Part. 4, y 50. tít. 14. Part. 5.
(35) Ley 30. tít. 11. Part. 4.
(36) Leyes 21. y 26, tít. 11. Part. 4.

plazada á la enajenada, y en ella por lo tanto deberá hacerse la restitucion (37). Cuando el marido compra una heredad con dinero de la dote y beneplácito de la muger, ésta tiene el derecho de elegir entre la restitucion del dinero, ó la de la finca comprada (38).

18—Al restituir el marido ó sus herederos los bienes dotales inestimados, tienen derecho á retener el importe de las cantidades que hayan invertido en hacer mejoras *necesarias* ó *útiles*; pero no el de las *voluntarias*, esto es, de los gastos de lujo ó de capricho, que no aumentan ni el valor, ni la renta de las heredades (39).

19—No está obligado el marido, cuando la dote en todo ó en parte consiste en créditos, á restituir mas que los documentos ó títulos que recibió, en el caso de que no haya podido hacerlos efectivos, á pesar de haber practicado las diligencias al efecto conducentes; pero si no hubiere cobrado por neglijencia, y el deudor entre tanto se hubiere hecho insolvente, debe responder con sus bienes, á no ser que el deudor fuere ascendiente de la muger (40). Es claro que los gastos hechos en el cobro de los créditos dotales, son disminucion de la dote.

20—Cuando el marido ó los hijos no pueden entregar la dote en los plazos establecidos por la ley (41), no deben ser compelidos rigorosamente á su pago, sino que por el contrario gozan del beneficio llamado de *competencia*, en virtud del cual solo deben

(37) Ley 11. tít. 4. lib. 3. del Fuero Real.
(38) Ley 49. tít. 5. Part. 5.
(39) Ley 32. tít. 11. Part. 4.
(40) Ley 15. del mismo tít. y Part.
(41) Leyes 26. y 31. de dicho tít.

ser obligados á pagar lo que puedan, pero de modo que conserven lo que les sea indispensable para subsistir (42).

21—Para la restitucion de la dote entregada, tiene la muger hipoteca tácita en los bienes del marido (43), hipoteca preferente á todas las demas tácitas, y aun á las espresas especiales ó generales, que sean de fecha posterior á la entrega de la dote (44); pero no á las anteriores espresas, especiales ó generales. Vá todavía mas adelante la ley (45), estableciendo que si el marido obliga espresamente sus bienes para la restitucion de la dote prometida, y despues los empeña á un tercer acreedor, tendrá la muger preferencia sobre éste, aunque la entrega de la dote sea posterior al empeño. El derecho de hipoteca tácita se transfiere á todos los herederos de la muger, cualesquiera que sean; pero el privilejio de preferencia, en perjuicio de los demas acreedores hipotecarios, pasa solo á los hijos y herederos lejítimos, mas no á los estraños (46).

22—Hemos hablado hasta aquí de la dote, considerándola como real y efectiva, por haber sido entregada al marido para los objetos de su institucion; pero puede suceder tambien que el marido, ó por hacer mejor la condicion de la muger, ó por otras causas, confiese haber recibido la dote, cuya entrega solo conste por su dicho: en este caso, á la dote se le dá el nombre de *confesada*, en oposicion á los de *dada* ó *entregada*, y de *prometida*. La confesion

(42) Ley 32. tít. 11. Part. 4.
(43) Ley 23. tít. 13. Part. 3.
(44) Ley 33. tít. 13. citado.
(45) Ley 19. tít. 9. Part. 6.
(46) Gregorio Lopez, glosa 6. á dicha ley 33. tít. 13. Part. 5; y Antonio Gomez en la ley 53. de Toro n. 42.

de la dote puede hacerse ó por testamento, ú otra última voluntad, ó por contrato entre vivos, siendo indiferente en uno y otro caso, que el marido afirme ó no con juramento el recibo. Cuando la confesion es por última voluntad, tiene solamente fuerza de legado (47), y por lo tanto no puede perjudicar ni á los acreedores en sus créditos, ni á los herederos forzosos en las lejítimas. Si la confesion es por acto entre vivos, hay una opinion de muy autorizados intérpretes (48), que sostienen que el marido ó su representante, puede oponer la escepcion de dote no recibida *dotis non numeratæ*, dentro del año siguiente á la disolucion del matrimonio, cuando ésta se verifica àntes de finalizar el término de dos años contados desde la confesion: que pasados estos dos años, solo hay el derecho de oponer la escepcion dentro de tres meses; y por último, que transcurridos diez años desde la confesion, la escepcion ya no tiene lugar. Añaden que esta escepcion produce el efecto de que el demandante pruebe la entrega real de la dote, para que se tenga como verdadera. Debemos confesar francamente, que esta opinion solo se funda en leyes romanas y que se presta á fáciles impugnaciones (49).

(47) Ley 19. tít. 9. Part. 6.

(48) Gregorio Lopez, Antonio Gomez y Escriche, defienden entre otros esta opinion, fundándose en la ley 3. tít. 15 lib. 5. del Código *repetitæ prælectionis*, y en la Novela C, y pretendiendo que son aplicables á España por analogía, y aun por identidad de razon las dos citadas leyes romanas, puesto que la ley 9. tít. 1º Part. 5, admite en el préstamo mútuo la escepcion *pecuniæ non numeratæ*.

(49) Véanse los *Elementos* citados de Serna y Montalvan, part. 1. tít. 3. Seccion 2. §. 2.

23—Semejantes á los bienes dotales, son los que por cualquier título distinto del de dote lleva la muger al matrimonio, ó adquiere durante él, á los que se dá el nombre de *parafernales* ó *extradotales*, de cuyas palabras la primera tiene una derivacion griega, y la segunda latina.

24—Hay sin embargo entre estos bienes y los dotales, las diferencias siguientes: 1.ª Que la muger puede retener el dominio de los bienes parafernales, el cual solo pasará al marido cuando se le hayan entregado con esta intencion (50); lo que no se verifica con la dote, en la que, como hemos visto, siempre pasa el dominio con mas ó ménos limitaciones al marido: 2.ª Que si bien la muger tiene hipoteca tácita sobre los bienes del marido, tanto respecto á los bienes parafernales como á la dote (51); no así el privilejio de prelacion que le corresponde en los dotales, segun la opinion mas comun y fundada.

25—El marido, como gefe de la familia, administra los bienes parafernales de la muger, lo que ademas de ser conforme con la índole de la sociedad conyugal, encuentra apoyo espreso en las leyes (52). Pero si la muger no entrega al marido estos bienes, y los administra por sí misma, es de su cuenta y riesgo el aumento, diminucion ó pérdida que tuvieren; mas no puede enajenarlos ni comparecer en juicio por razon de ellos, sin licencia del marido, porque sin este requisito no puede celebrar contratos ni cuási contratos, durante el matrimonio (53).

26—Si los bienes extradotales no entregados al

(50) Ley 17. tít. 11. Part. 4.—(51) Dicha ley 17.
(52) Ley 7. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec.
(53) Ley 55. de Toro, que es ley 10. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

marido se consumen ó deterioran por el uso que ámbos cónyuges hacen de ellos, con el consentimiento tácito ó espreso de la muger, no tendrá obligacion el marido de abonarle ó pagarle su valor con sus bienes propios; á no ser que con dicho uso se hubiese hecho mas rico, ahorrándose así la inversion de otros fondos en los gastos necesarios de la familia, pues en tal caso, habrá de abonar aquella cantidad en que se hubiese utilizado. Mas si el marido los consumiese sin consentimiento de la muger, queda obligado ál reintegro con sus propios bienes: esto se entiende no habiendo bienes gananciales, pues si los hay, de ellos es de donde ha de sacarse siempre el reintegro de los bienes parafernales consumidos con la voluntad de la muger, ó sin ella (54).

27—Ya sea que la muger se reserve la administracion de los bienes extradotales, ya sea que la encargue al marido, se reputan gananciales sus frutos, y han de repartirse por consiguiente entre ámbos consortes (55).

(54) Gomez, en la ley 50. de Toro n. 44.
(55) Leyes 3, 4. y 5. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

TÍTULO VIII.

QUIÉN PUEDE ENAJENAR Ó NÓ.

SUMARIO.

En este título se debe notar una regla general, y dos escepciones que padece. La regla es ésta: *el señor puede enajenar su cosa*; la cual nace de la naturaleza y definicion del dominio, que segun dijimos, es el derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella, y de vindicarla (af). Pero

(af) Aunque la libre administracion de los bienes, facultad esclusiva del propietario, lleva naturalmente consigo la de enajenarlos, hay casos en que esta facultad se halla limitada ó por la ley, ó por la convencion de las partes ó por una cláusula puesta en una donacion ó disposicion testamentaria. La *ley* prohibe, por ejemplo, la enajenacion de los bienes litigiosos, la de la herencia que se espera de cierta persona, si no se hace con beneplácito de la misma, y la donacion de todos los bienes presentes. De la *convencion* que prohibe la enajenacion de una cosa, tenemos un ejemplo en la venta hecha á carta de gracia, ó con el pacto de retrovendendo; y otro en el enfiteusis, pues el enfiteuta no puede vender la cosa enfitéutica, sin noticia del dueño directo. La *condicion* de no enajenar puesta en una donacion, impide que el donatario enajene la cosa donada, *quia pactis standum est*. La *prohibicion* perpétua de enajenar, hecha en testamento ó por disposicion entre vivos, solo tenia lugar cuando concurrian las circunstancias requeridas para

esta regla padece como hemos dicho dos escepciones, de las cuales se trata en este título. La 1.ª es que *algunas veces sucede que uno sea señor y con todo no puede enajenar*: 2.ª *Otras veces el que no es señor, tiene derecho de enajenar.*

2—La 1.ª escepcion, reducida á que algunas veces el señor no puede enajenar, se prueba con el ejemplo del marido, quien siendo señor de la dote, no puede enajenarla (1); pero esto se entiende no habiéndosela entregado apreciada, pues si así se entrega, podrá enajenarla, quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió cuando se separe el matrimonio (2).

3—Otro ejemplo de un señor que no puede enajenar, nos presenta el pupilo. Este, en realidad de verdad, es padre de familias, como tambien un menor; y con todo, ninguno de los dos puede enajenar, porque están bajo de tutela ó curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas (3). La diferencia que hay entre uno y otro consiste, en que la enajenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor (4); y la que hace el menor vale si jurare sostenerla (5). No pudiendo, pues, el pupilo enajenar, se sigue que no puede dar á mútuo, pues por este contrato se hace una verdadera enajenacion; y así, si el pupilo llegó á entregar el di-

fundar mayorazgo; mas en el dia no se puede fundar vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenacion.

(1) Ley 7. tít. 11. Part. 4.
(2) Véase hasta el fin la dicha ley 7.
(3) Leyes 17. tít. 16. Part. 6, y 4. tít. 11. Part. 5.
(4) Dicha ley 17.
(5) Ley 6. tít. 19. Part. 6. v. *Eso mismo sería.*

nero y todavía existe en poder del que lo recibió, se puede vindicar, pues el pupilo en tal enajenacion, no ha transferido dominio, y si no lo ha transferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarlo. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fé por el que lo recibió, aunque entónces no tiene lugar la *reivindicacion*, pero se dá al pupilo accion personal contra él, para que restituya todo lo recibido. Lo mismo sería si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues ésta tambien es enajenacion (6).

4—Síguese la 2.ª escepcion, y es, que uno que no es señor pueda enajenar. De ésta se pueden proponer dos ejemplos. El primero, es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el cual no se hace señor de ella, sino que tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio; y con todo, no pagando el deudor puede venderla, y del precio que saque de ella satisfacerse (7). Esta enajenacion no la puede impedir el deudor, si no es que exhiba toda la deuda, pues de otra suerte sería inútil la prenda, y ninguna seguridad prestaría, si nunca se pudiese enajenar.

5—Mas aunque esta regla es verdadera, con todo, por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda, es menester distinguir tres casos: 1.º si se pactó poder venderla, si hasta un cierto dia no se hubiese pagado: 2.º si se pactó que no se vendería: 3.º cuando nada trataron acerca de esto el acreedor y el deudor.

6—En el primer caso, esto es, cuando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya prefijado dia para la paga, y tratado

(6) Véase la ley 4. tít. 14. Part. 5.
(7) Ley 41. tít. 13. Part. 5.

que si ésta no se hiciere en el dia señalado, se pueda vender la cosa sin otro requisito; porque aun en este caso es necesaria la denunciacion ó aviso al deudor, la cual se ha de hacer en su persona, si está presente en el lugar, y si no á los de su casa (8). Mas si por alguna causa no se pudiere dar aviso al deudor, entónces se podrá vender la cosa; pero en pública almoneda (9).

7—Cuando al tiempo de la convencion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obstante, si pasados dos años, y amonestado por tres veces el deudor, no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente (10); pero en almoneda.

8—Finalmente, si nada se trató al tiempo de la convencion sobre poder vender ó no la prenda, no se podrá verificar la venta àntes que pasen doce dias siendo la prenda de cosa mueble, y treinta si fuere de cosa raiz: los cuales términos se han de contar desde el dia en que el acreedor amonestó al deudor ante testigos (11).

9—El 2.º ejemplo con que se prueba que uno que no es señor, puede muchas veces enajenar, es el del tutor, el cual, no siendo señor de las cosas pupilares, sino un puro administrador, con todo, puede por lo regular enajenarlas (12). Digo *por lo regular*, porque se debe distinguir de bienes muebles y raices. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enajenar por sí; mas las preciosas y todas las raices, no las puede enajenar, si

(8) Ley 41. tít. 13. Part. 5.
(9) Dicha ley 41. en el medio.
(10) Ley 42. tít. 13. Part. 5. v. *Otrosí decimos*, en el medio.
(11) Dicha ley 42.
(12) Arg. de las leyes 17. y 18, tít. 16. Part. 6.

no es por utilidad conocida ó por necesidad, como para dotar alguna de las hermanas del pupilo, ó para pagar alguna deuda de consideracion, que si se demora, aumentará las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas, dará la licencia para la enajenacion (13) (ag).

10—Aunque el recibir uno lo que se le debe no sea enajenacion, con todo, hasta esto se halla prohibido al pupilo, sin autoridad de su tutor, y decreto del juez; de tal suerte, que si alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ó menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo, segun lo dispone el derecho, para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos y menores. Todo lo dicho, se halla terminantemente dispuesto en la ley 4 tít. 14 Part. 5.

(13) Leyes 60. tít. 18. Part. 3. y 18. tít. 16. Part. 5.

(ag) Nadie puede ser obligado á enajenar una cosa, sino cuando así lo exije la utilidad pública, ó la equidad. La ley de garantias de 5 de diciembre de 1839, establece en la secc. 2 art. 11, lo siguiente: Toda propiedad, ya pertenezca á alguna poblacion, corporacion ó persona, es inviolable; mas el Estado, por causa de interés público, legalmente comprobada, puede exijir el sacrificio de alguna; y en este caso el dueño, ántes de que le sea tomada, deberá recibir en oro ó plata acuñada, ó en bienes equivalentes, á su propia satisfaccion, su justo valor, segun el juicio de peritos, uno nombrado por él mismo, y otro por la autoridad, los que bajo juramento, darán su opinion. Véanse las leyes 2 tít. 1 Part. 2, 31 tít. 18 y 8 tít. 28 Part. 3, y 3 y 56 tít. 5 Part. 5.

TÍTULO IX.

POR QUÉ PERSONAS SE PUEDE ADQUIRIR.

SUMARIO.

1 Axioma sobre el particular.
2 3 Para quién adquiere el siervo, ya sea propio ú ajeno?
4 Qué se entiende por **peculio**, y cómo se divide?
5 6 Qué es peculio militar, y cómo se divide la milicia.
7 8 9 Qué derechos tiene el hijo, y cuáles competen al padre en dichos peculios.
10 11 Sobre la utilidad que tiene el hijo en el peculio adventicio, y regla sobre el particular.

Para entender mas claramente las personas por medio de las cuales adquirimos, se debe establecer, ante todas cosas, el siguiente axioma. *Adquirimos, no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas:* ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha cazado mi halcon, etc. Supuesto lo que hemos dicho ya, de que lo accesorio sigue á lo principal, es nuestro todo aquello que se aumenta á nuestra cosa, ó por beneficio del arte, ó de la naturaleza.

2—De aquí podiamos inferir, como se inferia antiguamente, que todo lo que el siervo adquiere, lo adquiere para su señor (1); pero las disposiciones novísimas de nuestro derecho, mirando con mas conmiseracion á los siervos, y deseando proporcionarles con qué se puedan hacer libres, disponen que puedan tener peculio propio, trabajando dos horas cada dia para sí, con tal que el demas tiempo que hay de sol à sol, lo empleen en servicio de sus señores (2) [*]. A que se agrega, que en el dia ad-

(1) Véase la ley 7. tít. 21. Part. 4.
(2) Real cédula de 31. de mayo de 1789. cap. 3.
[*] Por real órden posterior se mandó suspender el

quieren para sí, cuanto se les dá, y sus señores les permiten ganar cuanto se les proporciona en sus manufacturas, no haciendo falta en las ocupaciones á que los destinan.

3—Lo dicho hasta aquí, pertenece á los verdaderos siervos que en realidad están en nuestro dominio. Mas algunas veces sucede que no tenemos el siervo como señores, sino como usufructuarios, esto es, la propiedad del siervo no nos pertenece, sino el usufructo. Otras veces un hombre libre nos sirve, ó lo tenemos por siervo con buena fé, aunque injustamente haya sido reducido á la servidumbre; v. g., el Patriarca José, que fué esclavo de Putifar. Este, á la verdad, no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos, pues, qué se adquiera por medio de estos siervos fructuarios, ó poseidos con buena fé. Para esto, se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó por nuestra cosa, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso, adquieren para el usufructuario, ó poseedor de buena fé. En el tercer caso, el siervo fructuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseido con buena fé, adquiere para sí (3). Los ejemplos en esta materia son claros, y no necesitan de especificarse.

4—Los hijos de familia, á mas de los siervos, han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia esplicarémos qué cosa sea *peculio*, cómo se divide, y qué utilidad corresponde al padre en estos bie-

cumplimiento de esta real cédula, ínterin y hasta tanto que S. M. proveyera lo mas conveniente, segun asegura D. Antonio Javier Perez y Lopez, en su teatro de legislacion universal tom. 12. art. *Esclavos*.

(3) Ley 23. tít. 31. Part. 3.

nes. Esta palabra *peculio* parece derivarse *á pecude*, por razon de que en ganados consistia la principal riqueza de los antiguos. Así, el que tenia mucho ganado se llamaba rico, y el que lo contaba con prontitud y facilidad era pobre. Se inventó despues la moneda; pero retuvo el nombre de pecunia que habia tenido ántes. De aquí nació, que como lo que daban los padres á sus hijos para que girasen, consistia en algun número de ganados, se le llamó *peculio*. Este hasta el dia, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa, que *un caudal que el hijo de familias, ó el siervo maneja separado de los bienes del padre ó del señor*. De donde se infiere, que un hombre que ni es hijo de familias, ni siervo, no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia, se divide en *militar* y *pagano:* el militar, en *castrense* y *cuási-castrense*; y el pagano, en *profecticio* y *adventicio* (4).

5—El peculio militar, es aquel que se adquiere por medio ó con ocasion de la milicia. Esta, ó es *armada*, como cuando uno se emplea en las armas; ó *togada*, como cuando se ejercita en las letras, ó en la judicatura: de aquí nace que un peculio se llama *castrense*, y otro *cuási-castrense*. El primero se adquiere en la milicia armada; y el segundo en la togada, á lá cual se refiere todo lo que se adquiere no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teología, medicina, etc., y cualesquiera artes liberales; ó ejerciendo los oficios de consejeros, oidores, jueces etc. (5). Hemos dicho en la definicion, que no solo es peculio castrense lo que se adquiere por medio, sino tambien lo que con ocasion de cualquiera

(4) Leyes 5. 6. y 7, tít. 17. Part. 4.
(5) Leyes 6. y 7, tít. 17. Part. 4.

de dichas dos milicias percibe el hijo de familias; por lo cual pertenece al peculio castrense, no solo la renta que se le dé por militar, sino las donaciones que el padre le haya hecho al partirse á la milicia para su ajuar, caballos, ó armas etc.; pues todo esto lo ha adquirido con ocasion de la milicia armada á que se ha dedicado (6). Por la misma razon al peculio cuásicastrense no solo pertenece todo lo que el hijo adquiere por las ciencias, v. g., los honorarios que como abogado, catedrático, médico etc. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros etc., porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada (7).

6—Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere fuera de esta carrera, pertenece al peculio pagano. En este, todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ó por contemplacion de éste, se llama *profecticio;* si le viene de otra parte, v. g., de la madre, ó de un estraño, será *adventicio,* al cual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo; v. g., por las artes mecànicas, como por sastre, carpintero etc., y todo lo que adquiera por fortuna, como tesoro etc. (ah)

(6) Ley 3. tít. 4. Part. 5.—(7) Idem al fin.

(ah) Al examinar las producciones de las artes, se observó que unas eran mas bien obra del ingenio que de la mano, y otras por el contrario, mas bien obra de la mano que del ingenio. De aquí nació la preeminencia que se dió á las primeras sobre las segundas, y su division en *artes liberales* y *artes mecánicas.* Artes *liberales* son, por ejemplo, la pintura, la escultura, la arquitectura, el dibujo, el grabado, la música; y aun las tres primeras, suelen denominarse las *tres nobles artes.* Artes *mecánicas* son, v. g., los oficios de zapatero, sastre, curtidor, pedrero, herrero, y otros de esta especie. El Tapia,

7—Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, y cuási-castrense, profecticio y adventicio. Veamos ahora qué derecho tiene el hijo en ellos, y cuál el padre. Esto se esplica muy bien, con varias reglas.

8—1.ª *El peculio castrense y cuási-castrense, con pleno derecho pertenece al hijo* (8). De esta regla se infiere, que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio, ni el usufructo, ni aun la administracion, sino que el hijo tiene todos estos derechos (9). Que el hijo en este peculio se há como padre de familias; y así, puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender, y enajenar de cualquiera manera (10).

9—2.ª regla. *El peculio profecticio con pleno derecho es del padre, y el hijo no tiene en él otra cosa mas que la administracion para ejercitar su industria* (11). La razon consiste en que el hijo se reputa como una misma persona con su padre, y esto impide que puedan pactar ó contraer: no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiente transferirle el dominio de las cosas donadas; pues permaneciendo señor del peculio profecti-

lib. 1 tít. 3 cap. 3. n. 2, dice que las artes liberales son siete, á saber: gramática, retórica, dialéctica, aritmética, música, geometría, y astronomía. Los que se dedican á las artes liberales suelen llamarse *artistas*, y los que ejercen las artes mecánicas se denominan *artesanos* ó *menestrales*. Unas y otras se comprenden en estos versos:
Lingua, tropus, ratio, numerus, tonus, angulus, astra.
Rus, nemus, arma, rates, vulnera, lana, faber.

(8) Leyes 6. y 7. tít. 17. Part. 4.
(9) Ley 6. ya citada.
(10) Ley 3. en el principio, tit. 4. Part. 5.
(11) Ley 5. en el principio, tít. 17. Part. 4.

cio, y no teniendo el hijo ningun derecho sobre éste, siempre vendrian á quedar en poder de aquel.

10—Todavía es mas útil al hijo el peculio adventicio, del cual se establece esta

11—3.ª regla: *La propiedad del peculio adventicio ordinariamente está en el hijo; el usufructo y la administracion en el padre* (12). Aquí, pues, ordinariamente tiene algo el padre, esto es, el usufructo y la administracion, y algo el hijo, conviene á saber, la propiedad. Esto es lo regular; pero hay varios casos en que sucede de otra manera; y de aquí es, que este peculio se divide en *ordinario* ó *regular*, cuando el hijo tiene la propiedad, y el padre el usufructo; *estraordinario* ó *regular*, cuando el hijo lo tiene todo, y el padre nada. Esto acontece en tres casos: 1.º Si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre: 2.º Si se dona, ó se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre: 3.º Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entónces en pena, pierde el usufructo. Lo dicho no impide que haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y cuási-castrense, y el adventicio irregular; pues en el castrense y cuási, el hijo se há como padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él; no así en el adventicio, aunque puede testar de ámbos, habiendo llegado á la pubertad (13).

(12) Ley 5. de dicho tít. y Part.

(13) Arg. de la ley 4. tít. 4. lib. 5. de la Rec. Ley 4. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

TÍTULO X.

DE LOS TESTAMENTOS.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Qué es herencia.
3 Cómo se define el testamento.
4 Se distingue en escrito y abierto.
5 6 7 8 Varios axiomas sobre esta materia.
9 10 De las solemnidades que deben concurrir.
11 12 Continuacion del mismo asunto.
13 Papel en que deben estenderse los testamentos.
14 Aunque falte la institucion de heredero, vale el testamento segun nuestro derecho, en cuanto á las mandas etc.
15 16 Otras disposiciones sobre el papel que debe usarse.
17 De otras cosas necesarias en los testamentos.

SÍGUESE ya la materia de testamentos, que es utilísima, cuyo enlace con los títulos anteriores, es fácil de descubrirse. Comenzamos arriba á tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en *naturales* y *civiles*. Los naturales eran tres: *ocupacion*, *accesion* y *tradicion*, de los cuales se trató bastantemente. Dividimos los civiles en *singulares*, cuando se adquiere una cosa singular, y *universales*, cuando se adquiere todo el derecho que otro tenia en sus bienes; v. g., por que al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor, se llama sucesor singular, pues solo sucede á otro en una cosa: por el contrario, un heredero es sucesor universal, porque todos los derechos y obligaciones del difunto, pasan á él. Los singulares dijimos eran cuatro: *prescripcion*, de la que ya se trató: *donacion*, que impropiamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir; *legado y fideicomiso*, de los cuales se debia ya tratar; pero el órden de las instituciones de Justiniano, que nos hemos propuesto seguir, pide que se trate primero de los testamentos, y despues de los legados y fideicomisos.

2—La *herencia*, que, segun hemos dicho, es el único modo de adquirir universal, no es otra cosa, *que la sucesion en todo el derecho que el difunto tenia.* Es de dos maneras: ó por testamento, cuando uno por el mismo difunto es llamado á la sucesion, ó abintestato, cuando la ley llama á alguno á la sucesion referida (ai).

3—*Testamento* es, *una legítima determinacion de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero;* ó en términos mas precisos, es: *una justa sentencia de nuestra voluntad, que espresa lo que quiere se haga despues de la muerte* (1). Se dice que es una sentencia, ó *determinacion de la voluntad*, porque los que no pue-

(ai) La adquisicion de la herencia consta de dos partes, á saber, delacion y suscepcion ó admision. La *delacion* es el título para adquirirla, y la *admision* el modo; y por esto ninguno puede adquirir herencia sin que primero se le defiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella. De aquí viene la division de la herencia en *testamentaria* y *lejítima* ó *abintestato*: Proemio y ley 3 tít. 13 Part. 6. Se dice *yacente,* aquella herencia en que no ha entrado todavía el heredero testamentario ó abintestato, ó en qué no se han hecho aun las particiones en caso de haber varios herederos; y se llama así, porque miéntras no la acepta ó entra en ella el heredero, parece que descansa, *jacet.* Herencia *vacante* es, el conjunto de los bienes del difunto intestado que no tiene herederos descendientes, ascendientes ni colaterales que le sucedan.

(1) Ley 1. tít. 1. Part. 6. *Un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en él su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte.*

den tener voluntad de disponer de sus cosas, como los que no han llegado á la pubertad, no pueden por esto testar; de la misma manera que los que no pueden declararla, como los sordos y mudos, ó fátuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho, y con todas las solemnidades que éste exije. Se añade: con *institucion directa de heredero*; pues no habiéndola, no valdrá como testamento, sino como una última voluntad ó codicilo (2) [*].

4—Dijimos que el testamento es, *una justa ó lejítima determinacion de nuestra voluntad*, y como ésta se puede declarar ó por escritura, ó por viva voz, si se hiciere del primer modo, se llamará *escrito* ó *cerrado:* si del segundo, será *nuncupativo*, que tambien se llama *abierto* (3). Veamos ahora algunos axiomas que supuesto lo dicho, serán claros (aj).

(2) Ley 1. tít. 4, lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

[*] Si atendemos á las palabras con que se esplica dicha ley 1. v. *Y mandamos que el testamento*, convendrémos en que éste vale como tal testamento, y no como codicilo; pues la institucion de heredero no altera su naturaleza. Véase la misma ley. 1.

(3) Leyes 1. y 2, tít. 1. Part. 6.

(aj) La palabra *testamento* viene de las voces latinas *testatio mentis*, testimonio de nuestra voluntad, y es ó *solemne* ó *privilejiado*. El solemne, es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescritas por el derecho para su firmeza, y cuya observancia obliga á la generalidad de los hombres. El privilejiado, es aquel en que ningun otro requisito se exije, sino que conste de algun modo la voluntad del otorgante. El solemne, se divide en *nuncupativo* ó *abierto* y *escrito* ó *cerrado:* el primero es, el que se hace ante escribano y testigos, ó solo ante testigos sin escribano, en cédula ó memoria ó de palabra; y el segundo es, el que el testador

5—1.º *Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra*; pues ámbos modos son aprobados por nuestro derecho (4).

6—2.º *Se requiere entero juicio en el que hace testamento* (5). Por este defecto no podrá declarar su voluntad, el que está destituido de uso de razon, y no sabe lo que piensa, ni lo que quiere. De aquí se infiere, que ni el infante, loco, ó mentecato pueden hacer testamento, como verémos despues.

7—De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento debe ser una justa y legítima determinacion de nuestra voluntad, nace el axioma siguiente.

8—3.º *Todas las solemnidades que las leyes exijen, se deben guardar en el testamento; si una se omite, el testamento es injusto y nulo.* Es la razon, porque estas solemnidades las introdujeron las leyes, y éstas, siendo de derecho público, no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aquí, ciertos requisitos esenciales que las leyes de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento, y la razon por qué las exijen, está fundada en que no hay cosa que mas deseen los hombres, que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas espuesto á fráudes y trampas que el testamento: impedir, pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos, para que no sea fácil finjir un testamento, falsificarlo, ó corromperlo.

escribe ó redacta en secreto por sí ó por medio de otro, y le presenta luego cerrado ante escribano y siete testigos, que le firman con él mismo en la cubierta: ley 1 tít. 1 Part. 6.

(4) Arg. de las leyes 1. y 2. de dicho tít. y Part.

(5) Ley 13. tít. 1. Part. 6.

9—Veamos ahora estas solemnidades: 1.ª es *la unidad de contesto*: se dice hacerse el testamento en un contesto, cuando todas las solemnidades se ponen a un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y cuando no se mezcla otro acto estraño (6). V. g., si el testador comenzando á declarar su última voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos, ó con otro, y despues continuase el testamento, no valdría por falta de unidad de contesto. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo le sobreviene algun impedimento breve; v. g., si al testador le da un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urjente y necesaria, por estas interrupciones no dejaría de valer el testamento (7).

10—2.ª La otra solemnidad esencial es *la presencia de los testigos*. Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto*, porque en él declara el testador por palabras su voluntad), deben ser tres á lo ménos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, otorgándose ante escribano público; pues si se hiciere sin él, ha de haber por lo ménos cinco testigos vecinos, si fuere lugar donde los puede haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano en el lugar, a lo ménos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las demas calidades que el derecho requiere, vale el testamento (8) (ak). En el testamento *in*

(6) Ley 3. tít. 1. Part. 6.—(7) Idem.

(8) Ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(ak) Tiene, pues, libertad una persona parah acer tes-

scriptis, que comunmente se llama *cerrado*, se requiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que así el testador, como los testigos, firmen sus nombres encima de él; y si el testador, ó alguno de los testigos no supiere firmar, pueden los

tamento *nuncupativo*, en los casos siguientes: 1.º Con escribano y á presencia de tres testigos vecinos del lugar donde se otorga: 2.º Ante cinco testigos vecinos, sin asistencia del escribano, aunque lo haya en el pueblo: 3.º Ante solo tres testigos vecinos, cuando no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos, ni escribano público en el lugar: 4.º Ante solo siete testigos, vecinos ó forasteros, aunque haya muchos vecinos y escribano público en el pueblo. En vista de esto, se han suscitado por algunos autores las siguientes cuestiones: 1.ª Si bastarán tres testigos vecinos, aunque no intervenga escribano, pudiendo haberle: 2.ª Si bastarán dos testigos y el escribano, cuando no pueden hallarse mas con facilidad en el pueblo: 3.ª Si bastarán cinco testigos no vecinos, y el escribano. Antonio Gomez, en la ley 3 de Toro n. 47, resuelve la primera afirmativamente, pero es evidente que su opinion está en oposicion con la ley que exije tres testigos vecinos, cuando no *pudieren ser habidos cinco ni escribano*. Covarrubias, cap. 10 *de testam.* n. 3, tambien opina por la afirmativa en la segunda cuestion, y aunque D. Juan Sala lo niega en sus *Instituciones romano-hispanas*, lib. 2 tít. 10 §. 14 n. 6, parece que debe sostenerse la sentencia de Cobarrubias, pues no encontrándose sino dos testigos y el escribano, éste debe reputarse al ménos como un testigo, y en este concepto viene á completar los tres con que se contenta la ley, y esto aun cuando el escribano no sea vecino del lugar, como opina Escriche. La última cuestion se resuelve igualmente en un sentido afirmativo, suponiéndose que el escribano debe reputarse como dos testigos, y así viene á completar el número de siete exijidos por la ley. Tapia, lib. 2 tít. 2 cap. 1. n. 10.

unos firmar por los otros, de manera que sean nueve firmas por todas, con el signo del escribano (9) (al).

11—Es comun opinion en el dia, que no es necesario que los testigos sean rogados (10). Pero está prohibido ser testigos en los testamentos á los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto y otros semejantes; á los apóstatas de la fé; á las mugeres; á los menores de 14 años; á los siervos, mudos y sordos; á los locos y pródigos, á quienes se ha prohibido la administracion de sus bienes (11). Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el cuar-

(9) Ley 2. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 2. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(al) No es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorgue el testamento cerrado, pero se ha de espresar en la cubierta de donde lo son, para poder recibir sus deposiciones en el acto de la apertura. Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otra persona de su confianza en *poridad* ó secreto, ni tampoco que esté en papel blanco ó sellado: lo indispensable es que lo entregue al escribano para que estienda el otorgamiento en su cubierta, que deberá ser del papel sellado correspondiente, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos. Las palabras de la ley 2 tít. 18 lib. 10 Nov., *que los unos firmen por los otros*, hacen creer que no han de ser ménos de dos los testigos firmantes, pero que tampoco hay necesidad de mas, ni inconveniente alguno, en que un testigo ayude y guie la mano del testador en presencia de todos los demas para trazar su firma, sabiendo escribir y no pudiendo hacerlo. Tapia, lugar citado n. 11 y 12.

(10) Véase sobre este punto á Gomez, en la ley 3. de Toro núm. 29.

(11) Ley 9. tít. 1. Part. 6.

to grado (12), en lo cual se encuentra bastante razon; pues si el padre al hacer su testamento llamase á sus hijos para testigos, ó si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero, éstos serían testigos en su propia causa; á que se añade para el primer caso, que el padre y el hijo se reputan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaría inconveniente de que lo fuesen, como tampoco lo hay en que los testigos sean parientes entre sí, no siendolo ni con el testador, ni con el heredero (am).

12—Otra solemnidad necesaria en los testamentos es, que sean escritos en el papel sellado correspondiente (13). Para el testamento abierto ó nuncupativo en que haya mejora de tércio y quinto, vínculo ó mayorazgo, fundacion, dotacion, ó memoria perpétua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero; y los

(12) Ley 11. tít. 1. Part. 6. y la 14. y 16. tít. 16. Part. 3. de las que se infiere lo dicho.

(am) Tambien se comprenden en esta prohibicion los hermafroditas, que participan mas de la naturaleza de hembra que de la de varon, ley 10 tít. 1 Part 6: los ciegos, porque no pueden ver al testador: los que no entienden el idioma de éste, aunque el escribano se lo esplique, pues serían testigos suyos y no de aquel; y los siervos, á no ser que á la sazon estuviesen reputados por libres. Mas no se incluyen en esta prohibicion los regulares profesos, particularmente si se tiene cuidado de espresar que no pudieron ser habidas otras personas. Esto, segun el tenor de la Real cédula de 21 de diciembre de 1766, que declara que los regulares no se reputan por vecinos de los pueblos, debe entenderse siendo testigos en los testamentos cerrados, por no exijirse en ellos la calidad de vecindad, pero es evidente que atendida la espresada Real cédula, no podrán serlo en los nuncupativos, en que se requiera tal circunstancia.

demas testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas, se deben escribir en el del sello tercero (14).

13—Los testamentos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello cuarto enteramente, sin quedar ninguno que no lo esté; porque ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar á las partes despues de abierto dicho testamento, se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandada para los testamentos abiertos (15). Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun, lo podrá hacer con tal que, despues de abierto, el escribano saque una cópia para el protocolo, escrita en pliegos todos del sello cuarto, y habiéndola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados que diere signados, se escribirán segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos.

14—El testamento que tenga las dichas solemnidades, aunque en él no haya institucion de heredero, vale segun nuestro derecho en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredará aquel que, segun derecho ó costumbre de la tierra, habia de heredar en caso de que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido no quisiese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en él se contienen (16).

(13) Véase la ley 44, en el medio, tít. 25. lib. 4. de la Rec. de Cast., que anula todos los instrumentos á que falte esta solemnidad. Ley 1. tít. 24. lib. 10. Nov. Rec.

(14) Real instruccion de 28. de junio, inserta en cédula de 23. de julio de 1794, art. 50.

(15) Dicha real instruccion art. 51.

(16) Ley 1. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

15—En la América hay otras disposiciones acerca del papel sellado; y así, en los testamentos nuncupativos, el primer pliego ha de ser del sello segundo, y las demas hojas en los protocolos y registros han de ser sellados con el sello tercero (17), y los testimonios que se dieren no han de llevar mas que el primer pliego sellado con el sello segundo, y los demas en papel comun (18).

16—Como para los testamentos cerrados no hay disposicion en las leyes de Indias, se deberá estar á las de Castilla en lo que hace á poderse escribir en papel comun, aunque al tiempo de ponerlo en el protocolo se deberá arreglar el escribano á lo mandado en la ley citada, acercá de que todos los protocolos deben estar en papel del sello tercero (19) (an).

17—Hay tambien otras cosas necesarias en los testamentos, así de parte del testador, como del heredero, por cuyo defecto se puede viciar, de lo cual se tratará en los títulos siguientes (ao).

(17) Ley 18. tít. 23. lib. 8. Rec. de Indias.

(18) La misma ley 18. al §. siguiente.

(19) Véase toda la dicha ley 18, en donde se dice: que á todas las solemnidades que por derecho se requieren en los instrumentos para su validacion, se añade el requisito del sello por forma sustancial, para que sin ella no puedan tener efecto ni valor alguno.

(an) En cuanto al papel sellado que debe usarse entre nosotros, deben tenerse presentes las disposiciones de la ley de 26 de octubre de 1839.

(ao) Para completar esta materia debe saberse, que el testamento puede ser ó *comun*, que es el que hacen juntamente dos personas disponiendo en un mismo acto de sus bienes á favor de un tercero, como el que otorgan un padre y una madre á beneficio de sus hijos; ó *mútuo*, que es el que hacen recíprocamente dos personas á favor de la que sobreviva, como cuando ma-

rido y muger se instituyen herederos el uno al otro, para el caso de morir sin herederos forzosos. En el otorgamiento de estos testamentos, sean abiertos ó cerrados, debe intervenir la misma solemnidad y el mismo número de testigos que en los otorgados por un solo testador, sin que por ser dos los otorgantes, haya necesidad de que los testigos se dupliquen. Testamento *con fé pública,* es el que se hace delante del Rey, y testamento *con fé privada*, el que se otorga en el modo acostumbrado ú ordinario. Al testamento cerrado, suele tambien darse el nombre de *místico,* cuya palabra es griega y significa *secreto;* testamento *pagánico,* es el hecho por cualquier paisano, á diferencia del militar; y se llama testamento *ológrafo*, el escrito por entero, fechado y firmado de la mano del testador, sin necesidad de otras formalidades. La denominacion de *ológrafo,* se deriva de dos voces griegas, una de las cuales significa *solo* y otra *escribir*. Este modo de testar, que está admitido en algunas naciones, como por ejemplo en Francia, no se conoció entre los romanos, ni tampoco está en uso entre nosotros, si no es con respecto á los militares, los cuales pueden testar en esta forma ó en otra que mejor les parezca, segun vá á esplicarse. ESCRICHE, en las palabras citadas.

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

SUMARIO.

1 Los testamentos ó son solemnes ó privilejiados.
2 3 4 Como pueden otorgar los militares sus testamentos.
4 Del testamento **ad pias causas.**
6 Continuacion de la misma materia.

No hay cosa mas conforme al buen método que, despues de considerada una regla, se propongan sus escepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las escepciones que padecen. Los testamentos, ó son *solemnes*, en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas; ó *ménos solemnes*, es decir, privilejiados, cuando por privilejio se dispensan, ó todas ó algunas solemnidades. De todas está exento el testamento de los soldados, y de algunas el hecho *ad pias causas* (ap).

(ap) Tambien en inteligencia de algunos autores, se comprenden entre los testamentos privilejiados, los hechos por los naturales llamados *indios*, quienes no necesitan hacerlos ante escribano ni testigos vecinos y rogados; sino que basta que los escriba uno de sus gobernadores, y que intervengan dos ó tres testigos varones ó hembras, pudiendo estenderse en papel comun; y tambien el que se otorga en tiempo de peste, por la dificultad de encontrarse escribano y testigos, en el número requerido por la ley. Véanse sobre el particular, á Solórzano, *polít. ind.* lib. 2 cap. 28, n. 55: Montenegro, en su *Itinerario para párrocos de indios*, lib. 1. trat. 11. ses. 3: Paz, en sus *Consultas y pareceres*, clase 9 cons. 6, parecer 243; y las leyes 9 tít. 13 lib. 1, y 32 tít. 1 lib. 6 Rec. de Indias. Las leyes del tít. 1 lib. 2, y la 22 tít. 2 lib. 5 del mismo Código, mandan se respeten las costumbres de los indios que sean razonables y

2—Por lo que hace á los soldados, éstos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres; pero hallándose en campaña podian hacerlo con dos testigos, y estando en peligro de muerte, por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiéndolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les parezca, y de cualquier suerte era válido, pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la crítica situacion en que están, y peligro á que por defensa del Rey y de la pátria se esponen (1).

3—Por las Reales ordenanzas del ejército, impresas el año de 1768, se declara: que todo individuo que gozare fuero militar, le gozará tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste, dentro ó fuera de la campaña (2): que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere,

no contrarias á la religion; y por otra parte, la ley 9 citada, no reprueba la costumbre de aquellos, de disponer de sus haciendas en *memorias simples y sin solemnidad.* No obstante, cuando la ley 1ª tít. 18 lib. 10 Nov. Rec., esceptúa espresamente los testamentos de los rústicos, se conoce que no quiere, como opina Gregorio Lopez glosa 1ª á la ley 6 tít. 1 Part. 6, otorgarles privilejio alguno; y lo mismo, por igual razon, debe decirse de los testamentos hechos en tiempo de peste, y los otorgados *ad pias causas.*

(1) Ley 4. tít. 1. Part. 6.

(2) Reales órden. del ejército de 1768. trat. 8. tít. 11. *de testamentos*, art. 1.

por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos, que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad (3): que será válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pudiere testar en paraje donde haya escribano, lo haga con él, segun costumbre (4).

4—Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió una real cédula (5), en la que, a consulta del Supremo Consejo de guerra, se declara por punto general: que todos los individuos del fuero de guerra, pueden en fuerza de sus privilejios, otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilejio y facultades que les dá la misma ley militar, la civil, ó municipal. En virtud de esta real cédula, hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos, pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento, no son necesarios los dos testigos que ántes se requerian, respecto á no mandar que presencien, ni hablar de solemnidad alguna; aunque algunos autores opinan, que por este silencio no se deroga la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano

(3) Art. 2. y 3. del mismo tít.
(4) Art. 4.
(5) Real cédula de 24. de octubre de 1778.

deben concurrir los testigos que la ley manda (6), respecto á usar de ella, y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de ésta cédula, no debe ampliarse á los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas; por lo cual para quitar dudas, sería conveniente nueva declaracion.

5—Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades, pueden ser el que se hace en presencia del Rey, y el hecho *ad pias causas.* En el primer caso está dispuesto (7): que si algun caballero ú otro noble pidiere al Rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediéndoselo el Rey, y estando presente cuando se otorgase, será válido aunque no haya otro testigo (aq).

6—Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testamento hecho *ad pias causas,*

(6) Ley 1. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(7) Ley 5. tít. 1. Part. 6.

(aq) Conviene ahora saber qué es *memoria testamentaria.* Las memorias testamentarias, pasadas en silencio por las leyes, aunque autorizadas por la práctica, consisten en un papel simple en que el testador consigna varias de sus disposiciones, y aun puede declarar el nombre del heredero instituido en el testamento ó en el poder para testar, y poner tambien condiciones y gravámenes que se anunciaron, pero que no se espresaron en aquellos documentos. Si dijere, pues, el testador que quiere sea su heredero el sugeto cuyo nombre tiene escrito de su puño en un papel ó *memoria* que está en tal gaveta, ó en poder de fulano, ó que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravámen, y en los bienes y forma que espresará en memoria testamentaria que quiere se estime por parte de su testamento, serán válidas estas disposiciones, y deberá cumplirse.

por derecho canónico basta para que sea válido, el que se otorgue ante dos testigos (8); y esto, segun muchos autores, se debe observar no solo en el fuero eclesiástico, sino tambien en el secular (9).

el contenido de la memoria que se encontráre, con tal que no haya motivo para dudar de su autenticidad. Bien que en una memoria no se puede instituir heredero, ni poner condiciones al instituido, sino solo hacer declaraciones que ya se anunciaron en el testamento. Matienzo, en la ley 1 tít. 4 lib. 5 Rec.

(8) Cap. 11. *de test.*

(9) Covarrubias, en el cap. 11. *de test.* Molina, *de just. et jure* trat. 2. disp. 134. Gonzalez, en el cap. 10. y 11. *de test.*

Título XII.

DE LOS QUE NO PUEDEN HACER TESTAMENTO.

SUMARIO.

1 Quiénes pueden testar.
2 Quiénes no pueden hacerlo.
3 Qué debe practicarse cuando un loco que tiene lúcidos intervalos, quiere testar.
4 De otros que no pueden testar.
5 Si pueden disponer de sus bienes los obispos y clérigos.
6 Tienen prohibicion de testar los canónigos reglares y demas religiosos profesos.
7 De otros que tambien tienen igual prohibicion.
8 Si tienen prohibicion de testar los siervos, estranjeros ó peregrinos.

En los títulos anteriores, se ha esplicado el modo de hacer los testamentos, así solemnes como privilejiados: veamos ahora qué personas pueden ó no hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores, se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamento todos aquellos á quiénes no está espresamente prohibido*. Pero para no hacer un círculo vicioso, enumeraremos los que están prohibidos de testar por nuestras leyes.

2—Con solo atender á la definicion que hemos dado arriba del testamento, se viene fácilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Dijimos que el testamento es *una lejítima disposicion de nuestra voluntad*. De donde se deduce claramente, que no pueden testar: 1.º los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren (1). Pero no solo vale el testamento que hizo el loco ántes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lúcidos intervalos, si los tiene, perfeccionándolo en ellos, pues si ántes de concluirlo le vuelve el frenesí, no valdrá (2); y así, para anular el testamento del loco que tiene lúcidos

(1) Ley 13. en el medio, tít. 1. Part. 6.—(2) Idem.

intervalos, es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

3—Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lúcidos intervalos quiere hacer testamento, para evitar dudas es, que algun hijo suyo ó pariente ocurra al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda esplore su voluntad con asistencia del médico y cirujano, que préviamente declaren con juramento, si está ó no capaz; y estandolo, ordene su testamento ante ellos, y el competente número de testigos, y obtenida la facultad del juez, declararán el médico y cirujano si está ó nó en su juicio; y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia y á la de los testigos prevenidos por la ley, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, sin pasar á estender otra cláusula ántes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, lo firmará con todos los testigos que supieren, y autorizado por el escribano, y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion (3).

4—De la misma condicion son: 2.º los *pródigos*, porque en todo el derecho se equiparan á los demen-

(3) Febrero, *Libro de escribanos* cap. 1. §. 1. núm. 10, y §. 28. núm. 301.

tes (4), lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes: 3.º Los infantes y todos los que no han llegado á la pubertad, esto es, los hombres á los catorce años, y las mugeres á los doce (5), porque carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida la dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuási-castrenses, aunque estén bajo la patria potestad (6): 4.º Tambien el sordo y mudo *á nativitate*, está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo, y tambien el sordo total, si es hábil para ello, lo escribira por sí mismo, y valdrá publicándolo á presencia del escribano y testigos (7). Al ciego no se debe impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real, y cinco testigos (8) (ar). Para que

(4) Ley 13. tít. 1. Part. 6.—(5) Dicha ley 13 citada.
(6) Ley 4. tít. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast. y es la 5. de Toro. Ley 4. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.
(7) Ley 13. citada.
(8) Ley 2. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 2. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.
(ar) El ciego no puede hacer testamento cerrado sino solo abierto, para evitar una suplantacion que no puede temer el que tiene vista, aunque no sepa leer. La ley 14 tít. 1 Part. 6, dispone que el ciego no pueda hacer testamento, sino ante siete testigos y un escribano público; que lo otorgue á presencia de aquellos, despues de escrito y leido; que lo firme cada testigo ú otro por el que no sepa, y que á falta de escribano concurra un testigo mas que lo escriba, de manera que con él, sean ocho testigos. Pero la ley 2 tít. 18 lib 10 Nov. Rec., mandó despues que en el testamento del ciego, intervengan cinco testigos á lo ménos, sin decir nada de es-

lo sea tambien el del condenado á muerte, se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenacion (9) (as).

5—Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos, sino de la Iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiásticos, á los cuales llaman *profecticios*, no pueden testar, aunque sí se les permite en vida donar a sus parientes pobres, amigos, criados, y á otros que los hayan servido (10) (at). A los clérigos seculares aun-

cribano, nì de las demas circunstancias. Véase á Escriche, en esta palabra, en donde propone y resuelve varias dudas.

(9) Ley 3. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 3. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(as) Segun la ley 3 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec., no se pierde la facultad de testar por la condenacion á muerte civil ó natural, y aun la limitacion puesta por la ley recopilada, ha desaparecido despues de abolida como está, la confiscacion total ó parcial de los bienes del sentenciado.

(10) Ley 8. tít. 21. Part. 1.

(at) Los arzobispos y obispos suelen poseer bienes *adventicios* y *profecticios*. Los adventicios, son los que adquieren por otra razon ó causa que la de sus obispados, beneficios, rentas ó dignidades eclesiásticas, como por industria, donacion, herencia de alguno, ó cosa semejante; y de éstos y de los patrimoniales, pueden disponer y testar á favor de quien quisieren: leyes 2 y 3, tít. 21 Part. 1. Profecticios, son los que adquieren por sus obispados, dignidades y beneficios eclesiásticos; y aunque tienen facultad para distribuirlos entre sus parientes, amigos, criados ú otras personas, carecen de ella para dejarlos á nadie en su última voluntad.

que por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la Iglesia, de los bienes adquiridos *intuitu Ecclesiæ*; en España, por la costumbre muy antigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieren (11) (au).

6—Los canónigos reglares y demas religiosos profesos, están privados tambien de testar, porque para este efecto y el de contraer, se les tiene por muertos (12) (av).

7—Finalmente hay otros, á quienes por algun delito, en pena, se les prohibe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios; los apóstatas y hereges, declarados tales por sentencia (13); pero no están impedidos los que por otros cualesquiera delitos son condenados á muerte civil o natural, si no es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entónces no podrán testar (14) (ax).

(11) Ley 13. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 12. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec., y 6. tít. 12. lib. 1. Rec. de Ind.

(au) En virtud de la ley 12 citada, se sucede por testamento y abintestato en todos sin diferencia, aunque los clérigos hayan sido religiosos profesos; por lo que, una vez secularizados, pueden testar de sus bienes, como si nunca hubieran entrado en religion, segun se declaró en la Sala primera de gobierno del Consejo de Castilla, en 19 de mayo de 1786.

(12) Leyes 8. tít. 21. Part. 1. y 17. tít. 1. Part. 6.

(av) Si no es que obtengan autorizacion para ello de la Silla apostólica, lo mismo que los obispos; bien que por el artículo 8 del Concordato de 1756, se obligó la Silla de Roma, á no conceder esta licencia á ningun obispo.

(13) Ley 16. de dicho tít. y Part. 6.

(14) Ley 3. tít. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast. Le y 3. tít. 8. lib. 10. Nov. Rec.

(ax) Entre los prohibidos de testar, se comprenden

8—Tampoco los siervos se deben tener en el dia por incapaces de testar como lo eran antiguamente, pues permitiéndoles nuestro derecho trabajar para sí algunas horas (15), y tener peculio, se infiere, que pueden disponer de él por testamento; fuera de que en todo se les trata como criados asalariados. Por lo que hace á los peregrinos ó estranjeros, léjos de serles entre nosotros prohibido el testar, esta mandado que se les permita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan (16) (ay).

los usureros manifiestos, á ménos que restituyan las usuras, ó dén fianzas de restituirlas; pero se les permite testar si lo hacen á favor de causas pias, ó cuando no hallen quien los fie; pues como tales son infames, y no debe darseles sepultura eclesiástica: leyes 9 tít. 13 Part. 1; 4 tít. 6 Part. 7; y 4 tít. 22 lib. 10 Nov., cap. 2 *de usuris in* 6, y Gomez ley 3 de Toro, n. 14. Tambien se comprenden en esta prohibicion, los escomulgados no tolerados ó *vitandos*, especialmente si permanecen mas de un año en la escomunion. Véase el Febrero de Goyena, lib. 2 tít. 8 n. 955 y sig.

(15) Real céd. de 31. de mayo de 1789, art. 3.

(16) Leyes 30. tít. 1. Part. 6, y 2. tít 12. lib. 1. Rec. de Cast. Ley 2. tít. 30. lib. 1. Nov. Rec.

(ay) Como el estranjero permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais estraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos, segun las leyes del Estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles, deban seguir las disposiciones legales del territorio en que están situados. En cuanto á la forma ó solemnidades para justificar la verdad del acto del testamento, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á ménos que ordene otra cosa la ley de su Estado, en cuyo caso tendrá obligacion de guardar las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bie-

nes que posee en su pátria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte; porque si un viajero lo hace, y envía válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es como si lo hubiera otorgado en él. Con respecto á las disposiciones testamentarias, debe decirse: que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la lejislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tenga en su pátria. Pero respecto de los muebles que tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Permaneciendo el estranjero ciudadano de su pátria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por tanto, un hombre que teste y muera en pais estranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes que le señalen las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: éstas prescriben lo que debe hacerse en el territorio, y no se estienden á mas; por lo que el testador, estando fuera de éste, no está sometido á ellas, ni los bienes que estén igualmente fuera del tal territorio. Así, el estranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee. VATTEL, *Derecho de gentes,* lib. 2 cap. 8 §§. CX, CXI y CXII.

TÍTULO XIII.

DE LA DESHEREDACION.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Qué es desheredacion, y quién puede desheredar.
3 4 5 6 7 Causas que se requieren para la desheredacion de los descendientes.
8 Es preciso ademas, probar la causa de la desheredacion.
9 Causas para la desheredacion de los ascendientes.
10 Caso en que los hermanos tienen accion para anular la institucion hecha por el hermano, y en qué casos se les priva de ella.
11 En qué casos el heredero estraño pierde la herencia del que le instituyó.

HABIENDO visto ya quién puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quién puede desheredar, á quién, y por qué causas.

2—La desheredacion es, *un acto, por el cual, los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos* (1). Solo aquel que es capaz de testar, y a mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes, puede desheredarlos, teniendo causas para ello (2). Debe, pues, hacerse la desheredacion nombrando, ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persóná, sin condicion y del total de sus bienes (3): pues no siendo así no valdrá (az).

(1) Ley 1. tít. 7. Part. 6.—(2) Ley 2.—(3) Ley 3.

(az) La ley 3 citada, dispone en efecto que sea nula la desheredacion, si no se hace puramente y de toda la herencia; pero como esta disposicion no se apoya sino en ciertas sutilezas tomadas del derecho romano por las Partidas, y derogadas por la Recopilacion, son de sentir algunos autores, que la desheredacion puede hacerse en el dia condicionalmente, y de parte de la herencia. ESCRICHE, en la palabra *Desheredacion*, y GOYENA en su *Febrero*, lib. 2. tít. 11 n. 1300.

3—Las causas para que sea válida la desheredacion de los descendientes lejítimos, son, primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinar su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito por que deben morir ó ser desterrados; pero si el crímen es de lesa-majestad, y los descendientes lo prueban, entónces no deben ser derheredados (4).

4—La segunda: por infamarlos de modo que valgan ménos, ó tener acceso con su madrastra, ó con amiga, sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son (5).

5—La cuarta: por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prision; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque éstas no pueden ser fiadoras (6). La quinta: por impedirles que testen. La sesta: por lidiar por dinero con hombre ó con béstia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares, ó representantes de profesion, no siéndolo éste. La séptima: cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse, y su padre se lo difiere hasta la edad de veinticinco años, pasados éstos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla (7).

6—La octava: cuando los descendientes no cuidan de recojer y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando; pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño que lo haya recojido, todos sus bienes, y si recobra su juicio puede desheredarlos, y aunque ántes de la demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si estando loco

(4) Ley 4. tít. 7. Part. 6.—(5) Dicha ley 4.
(6) La propia ley 4.—(7) Ley 5. tít. 7. Part. 6.

muere en casa del estraño, no vale la institucion de heredero (8). La nona: por no redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero en esta pena, ha de ser mayor de diez y ocho años (9).

7—La décima: si los descendientes cristianos se pervierten volviéndose judíos, moros ó herejes, siendo sus ascendientes católicos (10). La undécima: por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino (11); aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento, cuando se contrae sin presencia del propio párroco y testigos (ea).

8—Para que valga la desheredacion de los descendientes, no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte no vale (12). Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ó espresamente, no

(8) Ley 5. tít. 7. Part. 6.—(9) Ley 6.—(10) Ley 7.

(11) Ley 1. tít. 1. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 5. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec.

(ea) Hay otra causa para desheredar á los descendientes, y es, cuando los hijos se casan siendo menores de edad, sin el consentimiento de sus mayores: ley 9 tít. 2 lib 10, Nov. Rec.

Todas estas causas, se comprenden en los ocho versos siguientes:

Bis septem ex causis exhæres filius esto,
Si patrem feriat (1) *vel maledicat ei* (2);
Carcere conclusum si negligat (3) *aut furiosum* (4);
Criminis accuset (5), *vel paret insidias* (6);
Si dederit damnum grave (7); *si nec ab hoste redemit* (8);
Testarive velet (9), *se societque malis* (10);
Si mimos sequitur (11); *vitietve cubile paternum* (12)
Non orthodoxus (13); *filia si meretrix* (14).

(12) Leyes 1. tít. 9. lib. 3. del Fuero Real, 10. tít. 7, y 7. tít. 8. Part. 6.

puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio (13). Y si el testamento en que se hizo, se rompe ó lo revoca el testador, no vale la desheredacion hecha en él (14).

9—Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes lejítimos, por ocho causas. La primera: por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, escepto que el delito sea de lesa-majestad. La segunda: por maquinar su muerte con yerbas, veneno etc. La tercera: por tener acceso carnal con su muger ó amiga. La cuarta: por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta: por solicitar el marido la muerte de su muger, ó ésta la de su marido. La sesta: por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima: por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. La octava: cuando el ascendiente es hereje, y el descendiente es católico. Por cuyas ocho causas, siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar à sus ascendientes, y valdrá la desheredacion (15) (eb).

10—Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no cae en ellos la desheredacion, con todo, tienen accion para anular la ins-

(13) Ley 6. tít. 8. Part. 6.—(14) Ley 2. tít. 7. Part. 6.
(15) Ley 11. tít. 7. Part. 6.
(eb) Cuyas causas se espresan en los siguientes versos:

Si capitis natum pater accussaverit (1); *ejus*
Aut vitæ insidias clam, palamve struat (2);
Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
Prodere (4); *nec veritus temerare nurum* (3);
Si pater, et genitrix tibi fata scelesta minentur (5);
Fulcra nec ad nati causa furentis eant (6);
Filius auxilio si non patris hostia linquit
Limina (7); *si genitor numen inane colat* (8).

titucion de heredero que ha hecho su hermano, cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos: 1.º por procurar la muerte de su hermano: 2.º por acusarle de delito por el cual mereza pena de muerte ó mutilacion: 3.º si le ha causado la pérdida de todos o de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podràn los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano (16).

11—Finalmente, el heredero estraño pierde la herencia del que le instituyó por tal, en seis casos: 1.º Cuando el testador fué muerto por obra ó consejo de alguno de su compañia, y el heredero sabiéndolo, entra en la herencia ántes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años; y si en este término no lo hace, debe perderla y llevarla el Rey: 2.º Si abre el testamento ántes de acusar à los delincuentes, estando cerciorado de los que lo son (ec): 3.º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero: 4.º Por haber tenido éste acceso carnal con la muger de aquel: 5.º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare lejítimo perderá la herencia: El 6.º y último es, si á ruego ó mandato del testador, entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole de su incapacidad. Por cuyas causas debe per-

(16) Ley 12. del mismo tít. 7. Part. 6.

(ec) Pero si no lo sabe ó es aldeano rústico, no la perderá por esta causa. Véase la glosa 10 de Gregorio Lopez, á la ley 13 tít. 7 Part. 6, porque no parece hacer agravio al testador, ni debe por lo tanto incurrir en pena el que ignora su nombramiento de heredero, y este no puede saberse ántes de abrir el testamento.

der la herencia y pasará al Rey; y por las mismas los legatarios sus mandas (17).

Título XIV.

QUIÉNES PUEDEN Ó NÓ SER INSTITUIDOS POR HEREDEROS.

SUMARIO.

1 Quién se llama heredero, y cuáles pueden serlo.
2 3 Quiénes no pueden ser herederos.
4 Cuántas clases hay de hijos ilejitimos.
5 De los hijos naturales, y casos en que no pueden ser instituidos.
6 En qué caso debe heredar á la madre, su hijo natural ó espúrio.
7 Quiénes se dicen espúrios, y cómo se dividen.
8 Con esclusion de los hijos sacrilegos todos los demas espúrios tienen derecho al quinto.
9 Los hijos sacrilegos no tienen derecho mas que á los alimentos, y en qué casos son herederos forzosos de la madre.
10 11 Cómo se divide la herencia, y qué usos tiene esta division.
12 De qué modos puede hacerse la institucion de heredero.
13 De la condicion posible, y cómo se divide.
14 De cuántos modos son las condiciones imposibles.
15 Otra division de las condiciones.
16 17 18 19 20 21 Reglas sobre los efectos que produce en los respectivos casos, la institucion de heredero.

LLAMAMOS *heredero*, á aquel que despues de la muerte de alguno, le ha de suceder en todos los bienes, derechos y acciones, disponiendo de todo á su arbitrio (1) (ed). Puede serlo no solo el Rey, y las ciudades, villas, comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger, sea libre ó siervo, como no

(17) Leyes 13. tít. 7. Part. 6, y 11. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 11. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.
(1) Ley 1. tít. 3. Part. 6.
(ed) La palabra *heredero* se deriva, segun unos, de la latina *herus*, que significa amo ó señor; ó segun otros, del verbo *hæreo*, que quiere decir *estar junto* ó *pegado á otro*, porque el heredero está próximo al que hereda, como su pariente ó muy amigo; pero hasta que acepta la herencia ó entra en ella, ó hace actos de heredero, no lo es, ni debe llamarse así, aunque por tal esté instituido.

le esté prohibido por derecho (2).

2—No pueden ser herederos por nuestro derecho, los apóstatas y herejes, siendo declarados tales por sentencia: el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradías ó ayuntamientos erijidos contra derecho, ó contra la voluntad del Rey (3). Tampoco debe serlo, el traidor declarado, ni sus hijos varones; y éstos, no solo están privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (4) (ef). En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen en el fisco (5). Finalmente, está prohibido de ser instituido por heredero el confesor que asiste al enfermo en su última enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento, ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja (6) (eg).

(2) Ley 2. de dicho tít. 3. Part. 6.

(3) Leyes 4. tít. 3. Part. 6, y 6 y 7 tít. 8. lib. 5. Rec. Leyes 4 y 5, tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(4) Leyes 2. tít. 2. Part. 7, y 2 3 y 4 tít. 18. lib. 8. Rec. de Cast. Leyes 2, 3 y 4, tít. 7. lib. 12. Nov. Rec.

(ef) En la edicion de la Academia de la Historia, la ley 2 tit. 2 Part. 7, dice terminantemente: *pero las fijas de los traidores bien pueden heredar fasta la cuarta parte de los bienes de sus padres;* mas no debe olvidarse que, abolida la confiscacion, cesó la incapacidad de los traidores; y que las penas no deben ser trascendentales, debiendo solo imponerse á los verdaderos delincuentes.

(5) Véanse las dichas leyes.

(6) Auto acordado 3. tít. 10. lib. 5. Ley 15. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec., y Reales cédulas de 18 de agosto de 1771; y 13 de febrero de 1783.

(eg) El escribano que interviniere en el otorgamien-

3—De lo dicho se infiere, que algunos están absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aquí, los cuales por ninguno y en ningun caso deben ser instituidos; pero otros hay que solo son incapaces respectivamente, ó en ciertos casos, fuera de los cuales no se les prohibe heredar: tales son los hijos ilejítimos, y se llaman así, porque no son nacidos de matrimonio, que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea lejítimo, y por lo mismo no gozan, regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes (7).

4—Los hijos ilejítimos se dividen en dos clases, á saber: en *naturales* y *espúrios*. Los naturales, son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado: de suerte, que cuando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento se podian ámbos casar justamente y sin dispensa alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ámbas líneas (8). Pero para que estos hijos se estimen por naturales se requiere tambien que sus padres los reconozcan por tales, en caso que no haya te-

to de tales testamentos ó disposiciones, incurre por la primera vez, en la pena de doscientos ducados y suspension de oficio por dos años, y por la segunda, en doble multa y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales, en la de veinte ducados: ley 15 tít. 20 lib. 10 Nov., y nota 16 del mismo tít. y libro. Se advierte, que segun el art. 22 del Decreto de Cortes de 1º de octubre de 1820, los ducados se entienden pesos fuertes en América.

(7) Prol. y leyes 1 y 3 tít. 15. Part. 4.

(8) Leyes 1. y 2, tít. 15. y 5. tít. 19. Part. 4, y 11 al fin, tít. 13. Part. 6.

nido en su casa, ni sido una sola la muger con quien los hubo; pues si la tuvo en ella, ó fué sola, si reconoció à uno, no necesitan los demas de ser reconocidos (9).

5—A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dejarles cuanto quieran, aunque tengan ascendientes lejítimos, con tal que no tengan descendientes lejítimos (10). Pero si el padre no hiciere mencion de estos hijos en su testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos (11). Mas en el caso de tener descendientes lejítimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida, ó en muerte, pues de éste tienen los padres libre disposicion (12), lo cual se les deja por razon de sus alimentos en caso que sus padres estén obligados á dárselos.

6—Si la madre no tiene descendientes lejítimos, debe heredarla *ex testamento* y *ab intestato*, su hijo natural ó espúrio, (como no sea de los prohibidos que dirémos despues) aun cuando tenga lejítimos ascendientes; de suerte que están igualados los espúrios respecto de la madre, con los solo naturales respecto del padre (13).

7—Los espúrios, aunque antiguamente se llamaron así solo aquellos que no tenian padre conocido, ahora con este nombre se llaman todos los demas ilejítimos, fuera de los naturales, desde luego porque

(9) Ley 9. tít. 8. lib. 5. de la Rec. Ley 1. tít. 5. lib. 10. Nov. Rec.

(10) Ley 8. tít. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ley 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(11) Ley 8. tít. 13. Part. 6.

(12) La misma ley 8. de la Rec. Dicha ley 6.

(13) Ley 7. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 5. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos* ó *notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre ó soltera, ó de ámbos casados con otros (eh). Otros se llaman *sacrílegos*, y son los que nacen de fraile y monja profesos, ya sea por cópula entre ámbos, ó por cada uno con otra persona; y los de clérigos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrílegos*. Todos estos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento; y los de muger casada por de *dañado* y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte (14). Tambien son espúrios los que nacen de parientes dentro del cuarto grado canónico, sabiendo ámbos el impedimento, y á estos llaman *incestuosos* (ei). Finalmente, los *manceres* ó mancillados, son los nacidos de mugeres rameras prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quien es su padre, y á todos está obligada su madre como conocida, á dar alimentos, pudiendo, y necesitándolos (15).

8—A todos estos hijos espúrios (escepto los que

(eh) Impropiamente se dicen *adulterinos*, los hijos que el casado procrea en muger viuda ó soltera, que se nombra *barragana*, los que por otro nombre se llaman *bastardos*, por no ser habidos en su propia muger, por lo cual *bastardean*, pues aunque él es casado, la muger nó; y tambien se llaman bastardos, los que el noble tiene en muger plebeya, ó el plebeyo en ilustre. Tapia, lib. 1 tít. 3 cap. 2, n. 2.

(14) Ley 7. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 5. tít 20. lib. 10. Nov. Rec.

(ei) Se llaman *nefarios* los que procrean los ascendientes en sus descendientes; v. g., un padre en una hija.

(15) Leyes 1. tít. 15. y 5, tít. 19. Part. 4.

son procreados por clérigo ordenado *in sacris*, ó por fraile ó monja profesos), compete ex testamento ó ab intestato, el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre, en el caso que éstos los tengan lejítimos; y así, en virtud de la obligacion de alimentarlos que les està impuesta (16), no pueden mandarles mas en dicho caso (17). De cuyo quinto tienen facultad de disponer à su arbitrio en el tiempo de su vida, ó para despues de su muerte.

9—Pero los hijos de clérigos ordenados *in sacris*, ó de frailes ó de monjas profesos, nada pueden haber de ellos, como espresamente lo dispone una ley de Recopilacion por estas palabras: «Ordenamos y man-« damos que los tales hijos de clérigos, no hayan ni « hereden ni puedan haber ni heredar los bienes de « sus padres clérigos, ni de otros parientes del pa-« dre, ni hayan ni puedan gozar de cualesquier man-« da, donacion, ó vendida que les sea hecha por los « susodichos, ahora, ni de aquí adelante (18).» Por lo que hace á las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion, que dice así: «Los hijos bastardos ó ilejítimos de cualquier calidad « que sean, no puedan heredar á sus madres ex tes-« tamento, ni ab intestato en caso que tengan sus « madres hijo o hijos, ó descendientes lejítimos: pe-« ro bien permitimos que les puedan en vida ó muer-« te mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de « la cual podrian disponer por su ánima, y no mas, « ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos

(16) Ley 2. tít. 19. Part. 4.

(17) Ley 8. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 6. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(18) Ley 6. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 4. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

« ó descendientes lejítimos aunque tenga padre ó
« madre, ó ascendientes lejítimos, mandamos, que
« el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere, natu-
« rales ó espúrios por su órden y grado, le sean he-
« rederos lejítimos ex testamento y ab intestato sal-
« vo si los tales hijos fueren de dañado y punible
« ayuntamiento de parte de la madre, que en tal ca-
« so mandamos que no puedan heredar á sus madres
« ex testamento ni ab intestato; pero bien permiti-
« mos que les puedan en vida, ó en muerte, man-
« dar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas,
« de la cual podian disponer por su ánima; y de la
« tal parte despues que la tuvieren puedan disponer
« en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos
« hijos ilejítimos como quisieren; y queremos y man-
« damos, que entónces se entienda y diga dañado y
« punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal
« ayuntamiento incurriere en pena de muerte natu-
« ral, *salvo si fueren los hijos de clérigos ó frailes,*
« *ó monjas profesos, que en tal caso aunque por el*
« *tal ayuntamiento no incurre la madre en pena*
« *de muerte, mandamos que se guarde lo conteni-*
« *do en la ley que hizo el señor don Juan el pri-*
« *mero, en la ciudad de Sória, que habla sobre la*
« *sucesion de los hijos de los clérigos supra próxi-*
« *ma* (19).» De cuyas leyes se prueba, que los hijos espúrios solo pueden heredar de sus padres, no siendo clérigos ó frailes, el quinto de sus bienes; y si lo son, nada: pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden escluidos los alimentos (20).

(19) Ley 7. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 5. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(20) Arg. de la ley 5 tít. 19 Part. 4, y de la ley 8 tít. 8 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 6 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.

Que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, escepto en tres: el primero, cuando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte: el segundo, cuando tiene hijos lejítimos; y el tercero, cuando es monja profesa. De cuyos casos, en los dos primeros, aun les puede dejar el quinto, y en el tercero nada (ej).

10—Hemos visto ya quiénes pueden ó no ser instituidos por herederos, que es lo que se contiene en la primera parte de este título. Veamos ahora como se divide la *herencia*, y en qué partes. A ésta llamaron los antiguos *As*, que significa un todo; y así, à la masa total de la herencia decian *As hereditario*, y lo dividian en doce onzas que cada una tenia su nombre especial; y así, el que tomaba una onza ó la duodécima parte de la herencia le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*; y sí finalmente era heredero del total, se llamaba *ex asse* (21). Estas onzas se dividian en onzas y medias; pero toda esta division es hoy inútil, pues todó testador si no tiene herederos forzosos divide sus bienes como quiere, y si los tiene, debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio mas que del remanente del quinto si fuere padre, ó del tercio si fuere hijo (ek).

(ej) Se duda si los hijos lejítimos ó naturales de todos estos hijos espurios, podrán ser instituidos por sus abuelos ilejítimos, en atencion á que la ley solo habla de padres é hijos. Sobre este particular hay varias opiniones, segun dice GOYENA, y puede verse á GUTIERREZ, lib. 2. Pract. q. 110.

(21) Ley 16. tít. 3. Part. 6.

(ek) *As* era una moneda de cobre de los romanos, que pesaba una libra ó doce onzas; y como entre ellos estuvo en vigor por algun tiempo el modo de hacer testamento

11—Para lo que servia esta division de la herencia, era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos, pues tenian por cosa inadmisible que alguno muriese parte testado, y parte intestado: pero por nuestro derecho está esto espresamente permitido (22). Tampoco tendrá lugar en las herencias él derecho de *acrecer*, el cual no era otra cosa, mas que un derecho por el cual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta, v. g., dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante (23). Y la razon es la ya dicha, porque no hay prohibicion en el dia para morir parte testado y parte intestado; y así, todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador, irá á sus herederos ab intestato, y el instituido en el testamento solo heredará aquella cosa ó parte que espresamente se le deja. Esto se entiende,

per æs et libram, esto es, vendiendo el testador al futuro heredero toda la herencia por un *as*, de ahí vino la costumbre de llamarse tambien *as*, el total de la herencia, y de dividirse igualmente en doce onzas ó partes, como la libra. Las leyes 16, 17, 18 y 19 tít. 3 Part. 6, adoptaron esta nomenclatura de las romanas, dando á cada una de estas partes un nombre particular. Dos onzas de la herencia se llamaron *sextans,* tres *quadrans,* cuatro *triens*, cinco *quincunx,* seis *semis*, siete *septunx,* ocho *bes,* nueve *dodrans*, diez *decunx* ó *dextans*, once *deunx*. La media onza se llamaba *semuncia*, su cuarta parte *sicílico*, la sesta parte *sextula*, la vigésima cuarta *scriptulo*, la mitad de este *simplicio*, etc. El *as* doble, *dupondio*, el triple *tripondio;* y así, el *dupondio* constaba de veinticuatro onzas, y el tripondio de treinta y seis.

(22) Ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(23) Ley 14. tít. 3. Part. 6, derog. por la ley de Rec. citada.

siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como ésta se debe guardar relijiosamente, tendrá lugar el derecho de acrecer, siempre que así lo disponga. Otra cosa se debe decir en los legados, como verémos despues. (24).

12—Síguese la tercera parte de este título, que trata de los modos con que se puede hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ó puramente, ó bajo condicion, y aun para cierto dia, ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora qué cosa sea *condicion*, y de cuántas maneras pueda ser (25). Condicion se llama *una circunstancia por la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto* (26). De donde se infiere, que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama de pretérito [*], no es propiamente condicion, pues no puede ser incierto lo que ya ha sucedido; pero se tiene como condicion respecto á nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: *posible*, se llama aquella que puede verificarse: *imposible*, es la que nunca podrá existir, y ésta tambien se dice condicion

(24) Tít. 20. de este libro.
(25) Tít. 4. Part. 6.
(26) Ley 1. tít. 4. Part. 6. *Una circunstancia dudosa, de cuyo futuro evento se hace pender el negocio ó última voluntad en que se pone.* Ley 2. allí.

[*] Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de pretérito, ya se ha insinuado que éstas, como ni tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2. tít. 4. Part. 6, afirmando, que solo la de futuro es rigorosa condicion. *Mas aquella es condicion propiamente que se face por palabras del tiempo que es por venir por que es dubdosa si se cumplirá ó non.* Son palabras de dicha ley 2.

con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division porque no deja de tener algun uso (27).

13—La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista (28). *Potestativa* se llama, cuando está en potestad de los hombres su cumplimiento: *casual*, es la que depende del acaso; y *mista*, la que participa de ambas.

14—Las condiciones *imposibles*, tambien son de varios modos. Unas son *de derecho*, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y á la piedad (29). Otras son imposibles *por naturaleza*, porque repugnan las leyes de la naturaleza el que tales cosas se verifiquen; v. g., tocar el cielo con las manos (30). Otras son imposibles *de hecho*, y son aquellas que, aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que existan, con todo, no pueden verificarse atendidas las facultades ordinarias de los hombres: por ejemplo, hacer un monte de oro (31). Finalmente, otras se llaman *perplejas* ó *dudosas*, cuando no se puede entender su sentido, porque las palabras repugnan y son contrarias entre sí: v. g., instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero (32).

15—Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tácita ó espresa. *Afirmativa* será, si su cumplimiento consistiere en hacer, v. g., Ticio sea mi heredero si se casare. *Negativa*, si consistiere precisamente en no hacer; v. g., Cayo sea mi heredero, si no mudare de religion. Esta última tiene de

(27) Dicha ley 1. tít. 4. Part. 6.
(28) Leyes 7, 8, y 9, tít. 4. Part. 6.
(29) Ley 3. tít. 4. Part. 6.
(30) Dicha ley 3.
(31) Véase la ley 4. tít. 3. Part. 6.
(32) Ley 5. allí.

singular que no suspende la consecucion de la herencia, siempre que el instituido por heredero dé caucion, que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta, restituirá la herencia, la cual caucion se llama *Muciana* (33) (el).

16—Esplicadas ya las divisiones de las condiciones, síguese dar varias reglas para que se entienda qué efecto producirán en la institucion de heredero. 1.ª *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna, bajo la cual haya de recibir su parte lejítima* (34). La razon es, porque las leyes destinan la herencia precisamente para él; y así, no está en arbitrio v. g. del padre, dar ó nó la herencia á su hijo, como es necesario que estuviese, para que lo pudiese gravar con alguna condicion (35). 2.ª *En*

(33) Leyes 7. tít. 4. y 21, tít. 9. Part. 6.

(el) Condicion *tácita*, es la que se sobreentiende por derecho ó por naturaleza, aunque no se esprese. Un padre, por ejemplo, tiene dos hijos y los instituye por sus herederos, mandando que el sobreviviente de ellos, herede al que primero muera. En este caso, si el que muere deja hijos ó descendientes, le heredarán éstos, y no el hermano *superstite*, por creerse haber sido la voluntad del testador que solo heredase un hermano á otro, cuando el difunto no dejase sucesion; y así, aunque el testamento no contenga espresamente esta condicion, debe cumplirse, porque la ley la sobreentiende, sin necesidad de formal espresion, como se requiere en la condicion *espresa*. De la condicion tácita sobreentendida por naturaleza, se ponen los ejemplos de la promesa ó legado de frutos ó partos futuros, pues llevan embebida por naturaleza la condicion, *si nacieren*; y así, nada se deberá si no nacen. Véanse las leyes 11, 18 y 20 tít. 11 Part. 4, y 10 tít. 4 Part. 6.

(34) Leyes 11. tít. 4. Part. 6, y 17. tít. 1. de la misma Part. al fin.—(35) Arg. de las mismas leyes.

el quinto, cuando mejora un padre á su hijo, tiene facultad á su arbitrio de imponerle los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas (36). Y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre, á la cual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo puede hacer de ella lo que le parezca (37). 3.ª *En el tercio, por ser verdaderamente lejítima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones*; pero sí se les permite que puedan poner el gravámen que quisieren, así de restitucion, como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vínculos, sumisiones y sustituciones qué quisieren, con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes lejítimos, teniéndolos, y si no entre sus descendientes ilejítimos, que hayan derecho de heredarlos; y á falta de descendientes, que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y no teniéndolos, entre sus parientes, y finalmente, á falta de todos, entre estraños: por lo que de otra suerte, no pueden poner gravámen en el tercio (38).

17—4.ª *El heredero estraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia* (39). La razon es, porque el testador se há respecto de su heredero como un lejislador, y así, tiene facultad de obligarlo á todo lo posible. Pero se debe advertir, que si ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obli-

(36) Ley 11. de dicho tít. 4. Part. 6.

(37) Arg. de las leyes 10. tít. 5. y 7, tít. 12. lib. 3. del Fuero Real.

(38) Véase la ley 11. tít. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ley 11. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(39) Ley 7. tít. 4. Part. 6.

gado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente, basta que se cumpla una; v. g., si el testador dijere: Ticio sea mi heredero si fabricare tal iglesia y diere mil pesos á los pobres; en este caso ámbas cosas se deberian cumplir por el heredero. Por el contrario, si uno instituye á su heredero de esta suerte: instituyo á Ticio por mi heredero si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas (40) (em).

18—5.ª *Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida* (41). De esta suerte, en el caso arriba puesto, en el cual el heredero estaba obligado á casarse con la hermana del testador, si ésta no quisiere, recibirá el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio, pues no estuvo por él que la condicion no se cumpliese.

19—6.ª *La condicion imposible ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta* (42). Nótese que de otra suerte sucede en los contratos. En éstos, la condicion imposible, léjos de tenerse por no puesta, los vicia. Pero la razon es clara: el testamento es un acto unilateral, y así el heredero

(40) Ley 13. tít. 4. Part. 6.

(em) Cuando el testador impone una condicion que comprende á muchos, diciendo, v. g.: *dejo tal tierra á Pedro, Juan y Diego mis criados, si estuvieren en mi casa y servicio al tiempo de mi fallecimiento*; en este caso, aquel ó aquellos en quienes se cumpla la condicion, por estar en la casa y servicio del testador, cuando muere, llevarán el legado, sin ser necesario que se cumpla en todos. Dicha ley 13.

(41) Ley 14. de dicho tít.

(42) Ley 3. tít. 4. Part. 6.

nunca consintió en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales, requieren el consentimiento de ámbos; y asi, el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó está jugando y burlándose, por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

20—7.ª *La condicion perpleja á que llamamos dudosa, hace inútil la institucion de heredero* (43). La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sí las sentencias en esta condicion, no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

21—8.ª *El heredero ántes de cumplir la condicion no trasmite la herencia á sus herederos*, pues ninguno puede transferir una cosa, á la cuál todavía no tiene derecho (en).

(43) Ley 5. tít. 4. Part. 6.

(en) Para concluir este asunto de condiciones, conviene advertir que está recibida en la práctica y apoyada por los autores, como útil al Estado y conforme á las buenas costumbres la doctrina de las leyes romanas (L. 22 *et passim. de cond. et demost.*) de no valer y tenerse por no escrita la condicion de *no casarse*, cuando se impone á un célibe, y particularmente si fuere muger; pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gomez en la ley 4ª de Toro n. 8 y en otros autores. Mas, de que sea nula la condicion de no casarse, no debe inferirse que lo sean tambien las adyecciones ó espresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran, *miéntras se mantengan doncellas ó sin casarse;* porque no respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorro de las hijas miéntras esten destituidas del ausilio de marido, y no hacen la mejora condicional sino modal; por lo que se debe desde luego que fallezca el

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

SUMARIO.

1 Por qué motivo eran frecuentes antiguamente las sustituciones.
2 Qué es sustitucion en general, y cómo se divide.
3 Qué es sustitucion vulgar.
4 Conclusiones de la definicion dada.
5 En qué casos fenece ó acaba esta sustitucion.

Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos, y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento (1), han perdido las sustituciones (que se reducen á la vulgar), esta utililidad.

2—La sustitucion en general, se define que es: *nombramiento de segundo ó tercer heredero, para el caso de que falte, ó no lo sea el primero* (2). Puede ser la sustitucion ó directa ú oblícua ó fideicomisaria. *Directa*, se llama la que se hace por palabras directas ó imperativas, y dá la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La *oblicua* ó *fideicomisaria*, es la que se hace con palabras de ruego, y dá la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases, que son: vulgar, pupilar,

testador y miéntras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones. A que se agrega, que las adyecciones, en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones. Castillo *lib. 4 Controv. cap.* 55. Parladorio differ. 147. Barbosa *de dict. usufrequent. diction.*

(1) Ley 1. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(2) Prol. y ley 1. tít. 5. Part. 6.

ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria (3). En este título tratarémos solamente de la vulgar, y en el siguiente de las demas.

3—Sustitucion *vulgar*, se llama *aquella que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye, para el caso que no llegue á serlo* (4). Esta sustitucion suele concebirse en los términos siguientes: instituyo á Ticio por mi heredero, y si éste no lo fuere, nombro por mi heredero a Cayo. Pero se debe advertir, que para este caso, lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda, ó no quiera aceptar la herencia, pues en todos heredará el segundo (5). Se hace tambien esta sustitucion clara ó tácitamente. Se dirá claramente hecha, cuando se esprese que no siéndolo el instituido lo sea otro, v. g., en el caso ya puesto; y será tácita cuando el testador nombre á varios, para que sea heredero el que de todos le sobreviva: v. g., nombro á Ticio y á Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ámbos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo, la percibirá íntegramente (6). Llámase *vulgar* esta sustitucion, porque la puede hacer cualquier testador, á cualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, à diferencia de la pupilar, que soló la pueden hacer los padres de familia.

4—Pasemos ya á varias conclusiones, que se deducen de la definicion dada. Dijimos que la sustitucion vulgar era institucion de un segundo heredero, y de aquí se infiere: 1.º que pueden ser sustituidos, los mismos que pueden ser instituidos; y así, están escluidos de ser sustituidos, todos los que son inhá-

(3) Ley 1. tít. 5. Part. 6.—(4) La misma ley 1.
(5) Ley 2. tít. 5. Part. 6.—(6) Dicha ley 2. citada.

biles para ser herederos: 2.º Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y á muchos en lugar de uno, lo cual no admite duda: 3.º El sustituto se entiende llamado á la misma parte de la herencia, á que era llamado el heredero primeramente instituido; y así, si el testador instituye por sus herederos, v. g., á tres, á uno en la quinta, á otro en la sesta, y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres, uno al primero, otro al segundo, y otro al tercero, si alguno de los primeramente instituidos muere, ó no quiere aceptar su parte, la heredará el que le corresponda con arreglo á la institucion, aun cuando nada diga el testador sobre esto (7). La razon es, porque el sucesor no debe tener mas derecho, que el que tenia aquel en cuyo lugar succede (eo).

5—La sustitucion vulgar fallece: 1.º si el sustituto muere ántes del testador: 2.º si acepta la herencia el instituido [*].

(7) Ley 3. tít. 5. Part. 6.

(eo) Esta doctrina general tiene dos escepciones: 1ª cuando el testador dispone lo contrario; 2ª cuando del gravámen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa. Gregorio Lopez en dicha ley 3. glos. fin.

[*] Ley 4. tít. 5. Part. 6.

TÍTULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR Y DE LAS DEMAS SUSTITUCIONES.

SUMARIO.

La sustitucion pupilar decimos que es: *una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran ántes de llegar á los años de la pubertad* (1). Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar, y la pupilar: 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia: 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los hijos impúberes: 3.ª En la primera, se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no fuere heredero: en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero, y muriere ántes de llegar á la pubertad (2).

2—Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen: 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la pa-*

(1) Leyes 1 y 5 tít. 5. Part. 6.
(2) Leyes 1 y siguientes de dicho tít. 5.

tria potestad (3). Este axioma es claro, si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad: 2.º *La causa de esta sustitucion, es la poca edad del hijo; es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impúberes no pueden hacer testamento (4), para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan á la edad de catorce ó doce años (5): 3.º *Cuando se sustituye pupilarmente, hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon de la forma y solemnidades, pues no se requieren mas testigos, que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace. De suerte, que en este caso el padre hace primeramente su testamento, é instituye en él á su hijo por heredero: despues testa por éste, y establece quien le herede, si muere ántes de llegar á la pubertad, por lo cual equivalentemente hay dos testamentos (6).

3—Siendo, pues, el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue: 1.º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad (7). 2º Que ni el padre podrá hacerlo á sus hijos emancipados; porque habiendo salido éstos de la patria potestad por la emancipacion (8), y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla: 3.º Que ni el abuelo paterno

(3) Ley 5. ya citada.
(4) Ley 13. tit. 1. Part. 6.
(5) Véase toda la ley 5. tít. 4. Part. 6.
(6) Ley 7. del mismo tít. 4.
(7) Ley 2. tít. 17. Part. 4.
(8) Ley 15. tít. 18. Part. 4.

puede sustituir pupilarmente, aun á falta del padre; pues aunque antiguamente tenia patria potestad en los nietos (9), hoy no la tiene (10): 4.º Que el padre puede sustituir pupilarmente, aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho; el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la cual no se pierde por la desheredacion (11): 5.º Que se acaba la sustitucion, en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba (ep).

(9) Ley 1. tít. 13. Part. 4.
(10) Ley 8. tít. 1. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ley 3. tít. 5. lib. 10. Nov. Rec.
(11) Ley 6. tít. 5. Part. 6.
(ep) Acerca de esta materia, algunos autores, entre ellos Febrero, Covarrubias y Gomez, sostienen en vista de la ley 12 tít. 5 Part. 6, que el padre puede excluir á la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes, por medio de la sustitucion pupilar espresa. Sin embargo, no podemos convenir con esta opinion, pues si por la ley 6 de Toro, que es 1ª tít. 20 lib. 10 Nov. la madre es heredera forzosa de su hijo, de suerte que ni éste mismo, siendo adulto, puede privarla de su sucesion, sino por ciertas causas, ¿cómo se ha de conceder al padre la facultad de desheredarla, á nombre del hijo, nombrando por éste otro heredero tal vez estraño? En dichas leyes se establece, que los ascendientes sean herederos de los descendientes, cuando éstos *no tengan hijos ó descendientes legítimos*, *ó que hayan derecho de los heredar*, cuyas últimas palabras solo pueden referirse á los descendientes legitimados y aun á los naturales y espúrios respecto de la madre, y no como pretende Gomez, á los sustitutos. En consecuencia, creemos con Elizondo y Gutierrez, Goyena y Escriche, que los autores que sostienen tan torcida interpretacion, no solo han violentado el buen sentido, sino hasta las leyes de la gramática.

4—Hemos dicho en el 2.º axioma, que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad; y de aquí se infiere: 1.º que no se puede sustituir al hijo, sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho: 2.º que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto, cesando la causa.

5—El 3.r axioma, es que la sustitucion pupilar es doble testamento, por lo cual: 1.º No puede el padre dar sustituto á su hijo, sin hacer ántes testamento para sí; pues no puede haber sustitucion, sin que preceda institucion: 2.º El sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquier línea que le vengan, pues entra en todos sus derechos (12) [*]. Finalmente, anulándose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, porque faltando lo principal, falta tambien lo accesorio.

6—Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba, ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad, los resumirémos todos aquí. Estos son: 1.º cuando el hijo sale de la patria potestad: 2.º cuando llegue á la pubertad: 3.º cuando el testamento del padre se anula, ó se rompe: 4.º si se verificare el caso de que el hijo renunciase la herencia (13); y el 5º, si muriere primero el sustituto que el hijo.

(12) Ley 7. tít. 5. Part. 6.

[*] Acerca de si puede el padre escluir á la madre del pupilo, de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Véase á Feb. reform. p. 1 c. 5 §. 3 n. 90. Téngase presente lo dicho en la nota anterior.

(13) Ley 10. tít. 5. Part. 6.

§. I.

De la sustitucion ejemplar.

7—La sustitucion ejemplar es: *una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento* (14). Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad, por el estado deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos lejítimos de ámbos sexos, ya estén en su poder, ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su lejítima; pero no á los espúrios, como tampoco el padre puede sustituirles ni á los naturales.

8—Llámase esta sustitucion *ejemplar*, porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo lejítimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Cayo su hermano. En cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes (15).

9—Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este órden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fátuo, ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga, se les puede sustituir ejemplarmente. A falta de ellos, á los nietos, y demas descendientes por su órden y grado: no teniéndolos, á un hermano, como quieren algu-

(14) Ley 11. tít. 5. Part. 6.
(15) Ley 11. tít. 5. Part. 6.

nos autores (16), ó á todos como quieren otros (17); y en su defecto á los estraños [*] (eq).

10—Se acaba la sustitucion ejemplar, por una de estas tres causas: 1.ª cuando el loco ó fatuo recobra su juicio: 2.ª cuando le nace despues hijo ó hija; y la 3ª, cuando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior (18).

§. II.
De la sustitucion compendiosa.

11—La sustitucion compendiosa es: *una sustitucion directa que comprende, ó puede comprender á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja;* ó por me-

(16) Salas, en sus notas á Vinnio, en la nota de *derecho de España,* puesta á este tít. §. 1. núm. 9.

(17) Febrero reform. cap. cit. núm. 93.

[*] Si aun en la sustitucion pupilar, es muy dudoso que pueda ser escluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la contraria, ¿cuánto mas en ésta en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? Y así, parece que deberá observarse la 6 de Toro, que llama á la herencia á los ascendientes ántes que á los hermanos del loco y que al estraño, teniéndose por derogada la ley 11. tít. 5. Part. 6. Véase á Gregorio Lopez en dicha ley, palabra *otro estraño;* y á Covarrubias *de Test.*

(eq) La ley 11 tít. 5 Part. 6 dice así: *Pero si este loco á quien dan el sustituto, oviere fijo ó nieto, ó alguno de los otros que descienden por derecha linea dél, débenlo sustituir en su lugar, é non otros. É si alguno de éstos non oviese, entónce le pueden dar sustituto á su* hermano, *si lo oviere, é si non oviere* hermano, *puéden le dar por sustituto otro estraño.*

(18) Ley 11. al fin, tít. 5. Part. 6.

jor decir, es: *una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y varidad de tiempos*. Como esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impúberes que están en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo lejítimo, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar: si lo fuere y muriere ántes de la pubertad, valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fátuo, como ejemplar (19) (er).

§. III.

De la sustitucion brevílocua.

12—Esta sustitucion, á la que tambien llaman recíproca, es: *una sustitucion directa que se hace mútuamente á algunos herederos instituidos, para el caso de defecto de algunos*. Llámase *brevílocua*, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras: v. g., instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos lejítimos menores de catorce años, y los hago mútuamente sustitutos uno del otro. En cuya sustitucion, que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares, y dos pupilares; pues si algu-

(19) Ley 12. tít. 5. Part. 6.

(er) En la ley 12 citada pueden verse varios casos que trae á este propósito; pero debe tenerse presente que por la ley 6 de las espedidas en las cortes de Toro, se previene, sin escepcion de personas, que los ascendientes sean lejítimos herederos de sus descendientes *ex testamento* y *ab intestato*; y estando como lo está, por esta ley correjida la de Partida, no debe seguirse, en cuanto perjudique á los derechos que tiene la madre á la herencia de su hijo.

no de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella, no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido (20).

Título XVII.

DE QUÉ MODOS PIERDE SU EFECTO EL TESTAMENTO.

SUMARIO.

1 En qué casos es nulo el testamento.
2 Cuándo se rompe el testamento válido.
3 La pretericion no induce nulidad por nuestro derecho.
4 Otro caso en que se rompe el testamento.
5 6 En qué casos es válido el testamento anterior, aunque el posterior se haya hecho cón todas las solemnidades.
7 Se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

El testamento, segun nuestro derecho, unas veces no produce efecto alguno desde el principio, y otras habiendo sido válido en todas sus partes, se vicia á lo ménos en cuanto á la institucion de heredero, y entónces se dice que se rompe, ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos esplicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que están inhabilitadas por derecho para este efecto; entónces el testamento que se hace se llama *nulo,* y no produce efecto alguno en todas sus partes; v. g., un testamento nuncupativo hecho con solo dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese hereje ó apostata, el que lo otorga.

2—El testamento válido en su principio, se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque

(20) Ley 1. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

valga en cuanto á las mandas (1), de dos modos. El primero, por la supernascencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento. El segundo, por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará, cuando al testador le nace de su muger lejítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme á derecho, ó lejitima á alguno de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero estraño que se habia hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte, que conforme à nuestro derecho les toca, escepto el quinto; y todo lo demas del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcance el quinto, que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos, y le nazca otro; pues éste sin anular el testamento, entrará á la parte con los demas (es).

(1) Ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec. Ley 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(es) Se llama *póstumo* no tan solo el hijo que nace despues del fallecimiento de su padre, sino tambien despues que éste ha otorgado su última voluntad. Esto supuesto, al sostener que por el nacimiento de un póstumo preterido, el testamento no se invalida en todas sus partes, opinion de que discrepan algunos ilustrados escritores, hemos tenido presente la ley 2 tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, que es la ley 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop., en la cual se establece que el testamento otorgado en la forma espresada en dicha ley *valga en cuanto á las mandas y demas cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno*. Estas palabras, muy claras y muy terminantes, nos han parecido dirijidas á variar muchas doctrinas del derecho romano admitidas en las Partidas, pero que ni antes ni despues de aquel códi-

3—De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urjente necesidad, que fundandose en su espíritu, opinan los autores, que valdría la disposicion de uno, que sabiendo que tiene hijos lejítimos, no los establece por herederos; pero ni tampoco á un estraño, juzgándose en este caso que tácitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la *preticion* no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas, hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

4—Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto (2). Y la razon es, porque ninguno puede imponerse á sí mismo ley, de la que no le sea lícito apartarse, y mas permitiéndolo espresamente el derecho, en atencion á que la voluntad humana, es variable hasta la muerte (3).

5—Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será válido el anterior, en dos casos. El primero, si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en éste, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificándose que el primero vive, llevará la herencia, y no el segundo; pero las mandas que ámbos contengan, valdrán en todo lo que haya lugar (4): y la ra-

go han recibido autoridad legal, y entre ellas contamos las que se refieren á la invalidacion del testamento por nacimiento del póstumo. Véase tambien la ley 8 tít. 6 lib. 10 Nov. Recop.

(2) Leyes 21 y 23, tít. 1. Part. 6.

(3) Ley 25. tít. 1. Part. 6.

(4) Ley 21. tít. 1. Part. 6.

zon de esto es, la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

6—El segundo caso es, cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales ó especiales, y en el que hace despues no se mencionan (5). Pero si el testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero, con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero (6) (et).

7—Finalmente, se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

SUMARIO.

1 Qué se entiende por testamento inoficioso.
2, 3 Entre quiénes y en qué casos tiene lugar la querella de inoficioso testamento.
4 Qué efectos produce, y cuándo cesa esta accion.
5, 6 De la lejitima.
7, 8, 9 De las mejoras.
10 Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, por razon de dote ni casamiento.
11 Qué dotes se llaman inoficiosas.
12 De la revocacion de las mejoras.

INOFICIOSO se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí, por lo cual permite el derecho, que habiendo éste sido válido se rescinda, lo cual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso*

(5) Ley 22. de dicho tít. 1. Part. 6.
(6) La misma ley 22.
(et) El testamento cerrado ó escrito se infirma ó pierde su fuerza ademas, aun cuando no haya otro posterior, si el testador á sabiendas rayase las firmas ó lo rompiese; pero aconteciendo esto por casualidad, no perderá su valor. Ley 24 tít. 1° Part. 6.

testamento, y no es otra cosa: que *una accion con la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre, y con espresion de causa lejítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.*

2—Como esta accion es odiosa porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria: 1.º Por la preterición ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero (1): 2.º Tampoco será necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su lejítima (2). De donde se infiere, que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes, en el caso insinuado en la definicion: esto es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente (3).

3—La queja de inoficioso testamento, no se dá conforme á derecho á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion lejítima. Mas los hermanos la tienen en un caso: este es, cuando pudiendo ser herederos se antepone una persona torpe, ó de mala fama; pero no siéndolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes á quien quiera (4).

(1) Ley 1. tít. 8. Part. 6.—(2) Ley 5. del mismo tít.
(3) Leyes 1 y 4 tít. 8. Part. 6.
(4) Leyes 2 y 3 del mismo tít.

4—Visto ya qué es esta queja, y quién puede usar de ella, resta examinar qué efectos produce, y cuando cesa. Cuanto á lo primero, el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente, y todo lo demas del testamento queda en su vigor (5), como son los legados, fideicomisos, nombramiento de tutor etc. Cuanto á lo segundo, cesa la queja: 1.º siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues éste no es mas que un remedio subsidiário: 2.º cesa siempre que se consiente en la desheredacion, ya sea espresa, ya tácitamente (6), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el estraño hubiese aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oído, si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entónces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues.

5—Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento, se dá á todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion lejítima, se hace preciso esplicar qué parte de la herencia sea la que con este título se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por éstos á aquellos: y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

6—La *lejítima* que se debe por nuestro derecho á los descendientes lejítimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte, de la cual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte (7), entendiéndose que solo es un quin-

(5) Ley 7. tít. 8. Part. 6.—(6) Ley 6. de dicho tít.
(7) Ley 12. tít. 6. lib. 5. Rec. Ley 8 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.

to en ámbos tiempos como està declarado (8). De esta parte, y no del cuerpo de la hacienda del testador, se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga el que tiene descendientes lejítimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus lejítimos ascendientes, sea en testamento ó ab intestato, cuando estos no tienen descendientes lejítimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo ó descendiente dejare por su muerte; y así, les queda facultad de disponer por su alma, ó entre estraños del tercio (9).

7—Aunque como se ha dicho, el testador que tiene hijos lejítimos debe dejar á éstos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas que de la otra parte á la que llamamos *quinto*; con todo, le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno, ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos etc. el *tercio* de sus bienes (10), la cual doctrina se percibirá mas claramente, con lo que dirémos inmediatamente de las mejoras.

8—Decimos hacerse *mejora*, cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno, ó á muchos de sus hijos ó descendientes lejítimos (11); y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes (eu).

(8) Dicha ley 12.

(9) Ley 1. tít. 8. lib. 5. Rec. Ley 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(10) Ley 2. tít. 6. lib. 5. Rec. Ley 2. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec., y la 10. tít. 5 lib. 3. del Fuero Real.

(11) Tít. 6. lib. 5 de la Rec. Tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(eu) *Mejora* es, *la porcion de bienes que los ascendientes dejan á sus descendientes fuera de la legíti-*

Pero si el padre hace ámbas mejoras, primero se saca el quinto, y despues el tercio, para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testador (12). Acerca de las condiciones y gravámenes que pueden ponerse por los padres en el tercio ó quinto, hemos dicho ya lo suficiente en otra parte (13).

9—Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoren á sus lejítimos descendientes por contrato entre vivos, ó por última voluntad, se infiere: que si aquellos hacen donacion á alguno de éstos, aunque no usen de la palabra *mejoro*, se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contándose lo que en estos quepa, para que con ningun otro pueda hacerlo en mas de su importe; pues si asciende á mas, se tendrá por lejítima, y escediendo á esta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos (14). Pero si mandan que lo traiga

ma. Las mejoras se dejan espresa ó tácitamente: *espresamente*, con palabras claras y terminantes; y *tácitamente*, cuando se hace una donacion en favor de alguno de los descendientes. Solamente los que pueden obligarse podrán hacer mejoras por contrato entre vivos; pero para hacerlas en testamento, bastará tener capacidad para otorgarle. El mejorante puede señalar las cosas en que ha de consistir la mejora; pero no cometer á otro esta facultad: ley 3 tít. 6 lib. 10 Nov. Rec. El hijo está incluido tambien en esta prohibicion, cuyos motivos concurren en él todavia con mas fuerza que en los estraños. Si no estuvieren designados los bienes en que habia de consistir la mejora, se sacará de los de la herencia, no siendo permitido á los herederos el darla en dinero, á no ser que las cosas hereditarias no admitiesen cómoda division: ley 4 tít. 6 lib. 10 citado.

(12) Ley 214. del Estilo.—(13)Tít. 14. de este libro.

(14) Ley 10. tít. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ley 10

todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, ántes bien deberá restituir lo que escediere de su lejítima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron (ev).

10—Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y así, aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio, no vale (15), y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa, que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno de no mejorar á los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto á privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir, si su padre los mejorase. Pero por testamento ú otra última voluntad si puede, porque no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederá por contra-

tít. 6 lib. 10 Nov. Rec.

(ev) En la mejora tácita es necesario distinguir si la donacion que intervino ha sido simple ó por causa. La donacion *simple* se imputa primero en el tercio, despues en el quinto, y ultimamente en la lejítima, por que se considera acto de pura liberalidad: ley 10 tít. 6 lib. 10 Nov. La donacion *por causa*, primero en la legítima, si aun escediese á ésta, en el tercio, y finalmente en el quinto, porque se crée que el objeto del mejorante fué, ante todo, dar al mejorado su lejítima anticipada: ley 5 tít. 3 lib. 10 Nov. El esceso de estas cuotas se devuelve al cuerpo de la herencia para dividirlo con igualdad entre todos los hijos. Dejados espresamente el tercio y el quinto, se saca primero éste, salvo si el testador hubiese dispuesto lo contrario, y cuando la mejora del tercio se hubiese hecho irrevocablemente.

(15) Ley 1. tít. 2. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 6. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec. Auto 4 n. 24 tít. 12 lib. 7 Recop.

to entre vivos, con tal que el dotarlas ó casarlas, no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefine la ley 5 tít. 2 lib. 5 Rec.; en cuyos casos, aunque supere á la lejítima que debe corresponderles, atendido el valor de los bienes que sus padres, ó el que las mejoró dejen, parece que no tendrán obligacion de restituir el esceso, y que se les computará todo en lejítima.

11—Mas aunque una ley de Recopilacion (16), dice: que para llamarse *inoficiosas* las dotes, se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y lejítima, y si caben en los bienes que deja el que las dió ú ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elejir la persona á quien fueron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo cual, si la dote que dá el padre á su hija, escede de la lejítima que la puede tocar cuando muera, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado ántes á la hija existente en su dominio [*], debe restituir el esceso á sus hermanos por no transferírsela su dominio, ni podersela computar en tercio ni quinto, porque la ley resis-

(16) Ley 3. tít. 8. lib. 5. Rec. Ley 5. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

[*] Nótese, que los padres pudiendo, están obligados por derecho á dotar á sus hijas lejitimas existentes en su dominio, sean ó no ricas, y de estas dotes y donaciones son de las que habla la ley 9. tít. 6. lib. 5. de la Recopilacion, cuando dice: que el tercio ni quinto de mejora, no se debe sacar de las dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos, y no del padre. Véase para lo primero, la ley 8. tít. 11. Part. 4.

te y anula esta donacion. A que se añade: que para poder dotar, y que la dote sea cóngrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido; á los hijos con que el dotante se halla, y á la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio, á causa de ser escesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario, sería correctoria de las que permiten estas donaciones (17) (ex).

(17) Véase á Febrero *de Particiones,* lib. 2 cap. 2. §. 2.

(ex) Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de éstos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion, deduciéndose al que lo ha recibido, de la porcion hereditaria, ó lejítima que le corresponda, y esto es lo que se llama *traer á colacion y particion.* Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos, los bienes que hubieren recibido de sus padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las *dotes, donaciones propter nuptias,* y demas que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, deben llevarlas á colacion; aunque si los que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo y entónces, sin traerlas á colacion, se juzgan pagados de su lejítima con lo que han recibido, á menos que sean *inoficiosas,* esto es, que escedan á lo que debieran percibir, pues en tal caso deberán volver el esceso: ley 5 título 3 lib. 10 Nov. Igualmente debe traerse á co-

12—Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes, en contrato entre vivos ó última voluntad, por las causas porque se permite revocar las donaciones perfectas; á ménos que siendo hecha por contrato entre vivos, hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella; ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa; v. g., por casamiento, ó por otra causa semejante, que en estos casos es irrevocable (18) (ey).

lacion el peculio profecticio: ley 3 tít. 15 Part. 6; pero no el castrense, cuasi castrense, ni el adventicio, pues éstos quedan libres, por el fallecimiento del padre, al hijo, de quien son, sin derecho alguno de sus hermanos: ley 5 tít. 15 cit. Tampoco debe traerse á colacion lo que el padre hubiere gastado en dar estudios á su hijo, ó armarle caballero y en los libros para aprender alguna ciencia: leyes 3 tít. 4 Part. 5, y 5 citada; ni lo gastado en los grados de universidad ú otras cualesquiera dignidades ó condecoraciones que no tienen sueldo ni otros frutos, sino que son una especie de carga de honor. Sala, *Derecho real,* lib. 2 tít. 6 núm. 21.

(18) Ley 1 tít. 6 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 6 lib. 10 Nov. Rec.

(ey) Sin embargo, aun en estos tres casos podrán revocarse las mejoras, siempre que el mejorante se hubiera reservado esta facultad; y solo en los dos primeros, cuando el mejorante hubiese incurrido en una de las causas en virtud de las que pueden revocarse las donaciones perfectas: ley 1 tít. 6 lib. 10 Nov. Rec.

TÍTULO XIX.

DE LA DIFERENCIA QUE HAY DE HEREDEROS.

SUMARIO.

1 2 De los herederos y sus divisiones.
3 Entre los herederos legitimos se comprenden los póstumos.
4 Entre los forzosos se cuentan los ascendientes.
5 A quiénes se dá el nombre de herederos necesarios.
6 Qué se requiere para que el heredero pueda heredar forzosamente al testador.
7 De los beneficios otorgados á favor del heredero.
8 Cual es el beneficio de inventario.
9 Cómo se divide.
10, 11, 12 Qué circunstancias se requieren para que el inventario sea válido.
13 Del inventario simple.
14 Cuáles son los principales efectos que produce el inventario.

YA hemos dicho arriba, que el heredero es un sucesor universal de los derechos y acciones que corresponden o pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho es, que unos son *ex testamento* y otros *ab intestato*. Los herederos ex testamento, son los que el testador nombra por tales, ya sean ó no sus consanguíneos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones; y así, mediante su espresa voluntad, entran en ellos. Herederos ab intestato, son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo testamento, ó si lo hizo fué nulo por no ser arreglado á derecho, y éstos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien *legítimos*.

2—Los herederos ex testamento se dividen en universales y particulares: *universales* se llaman los que suceden no solo en todos, ó en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propiamente herederos: *particulares*, son los que suceden en cosa cierta ó singular;

v. g., una casa, y éstos son propiamente *legatarios*. Se subdividen los herederos ex testamento, en forzosos, que tambien se llaman legítimos, en necesarios y voluntarios (1). Los *forzosos* son los hijos y descendientes legítimos del testador, y se llaman así, no porque estén obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no teniendo causa legítima para desheredarlos; y se llaman tambien *legítimos*, porque nacen conforme á las leyes y disposiciones de la iglesia. De éstos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico. Otros, que aunque han sido engendrados y nacidos durante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ámbos, ó á lo menos el uno. Y otros, los que engendran y procrean soltero y soltera, libres de impedimento canónico para casarse; pues si sus padres lo verificaren, serán legitimados por subsiguiente matrimonio (2) (ez). A todos los dichos deben sus padres instituir por herederos, aunque no estén en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les de-

(1) Ley 21 tít. 3 Part. 6.

(2) Leyes 1ª tít. 13 Part. 4, 2 y 4 tít. 6 lib. 3 del Fuero Real.

(ez) Son tambien legítimos y forzosos los que nacen de infieles que despues se convierten á nuestra santa religion, aunque se hallen en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no están sujetos á los cánones hasta que se convierten, que es cuando se hacen miembros de nuestro cuerpo católico. *Goyena*, citando el cap. 15, *qui filii sint legitimi*, n. 1039.

ben necesariamente suceder, no habiendo, como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos; pues á los hijos en quienes concurren las calidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen *cuasi dominio* (3).

3—Ningun estraño puede entrar en parte con los descendientes legítimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será inválida é ineficaz, en cuanto á él, la institucion; pero se comprenden entre los herederos legítimos los *póstumos*, y se llaman así los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas para que sean reputados por legítimos es preciso que su madre los dé á luz lo mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta, viva en su compañía, pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legítimos; pero sí, naciendo dentro de los siete (4) ó de los nueve, que es lo comun (ia).

4—En la clase de herederos forzosos y legítimos, se comprenden tambien los ascendientes legítimos, á

(3) Ley 4 tít. 23 Part. 4.

(4) La misma ley 4 tít. 23 Part. 4.

(ia) Sobre este particular se han suscitado varias cuestiones y se producen ejemplos de criaturas nacidas antes y despues del término prefijado por la ley 4 tít. 23 Part. 4 que deben reputarse como partos naturales y vitales; siendo dignos de consultarse, cuando se ofrezca el caso, al célebre Buffon en su *Historia natural,* tom. 3 pag. 428, y á Lara cap. 10. Mas á pesar de todo, estamos por la literal y estricta observancia de la ley, y creemos que de practicarse lo contrario, y abrirse la puerta á conjeturas y pruebas mas ó menos plausibles, pero siempre equívocas, se conturba el estado de las familias, y se mina la sociedad por sus mismos cimientos.

los cuales sus descendientes, no teniéndolos legítimos, ú otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos, y lo son ex testamento, y ab intestato (5), y no solo deben sucederles en sus bienes adventícios, sino tambien en los castrenses y cuasi castrenses. Los que han derecho de heredar à los descendientes legítimos, no teniéndolos éstos, son el hijo natural legitimado por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe, y el arrogado, los cuales escluyen á los ascendientes legítimos, de la sucesion de los bienes de sus descendientes (ib).

5—Los herederos *necesarios*, por derecho de Partidas, son los siervos del testador, cuando los instituye por tales, y se llaman así, porque una vez establecidos, están obligados à admitir la herencia de su señor y á pagar, no solo de los bienes de éste, sino de los suyos propios adquiridos ántes ó despues de su muerte, las mandas y deudas que deja, y por la institucion se hacen libres (6). Los *voluntarios* ó estraños, son todos los demas, á los cuales se dan estos nombres, porque, aunque sean parientes del testador, no tiene obligacion, en el fuero esterno, de dejarles sus bienes (ic).

(5) Ley 1 tít. 8 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 1 tít. 20 lib. 10 Nov. Recop.

(ib) Véase todo el cap. 6 lib. 2 tít. 2 del *Febrero novísimo* por Tapia.

(6) Ley 21 tít. 3 Part. 6.

(ic) Entre éstos, como es facil conocer, se comprenden los hermanos, y aunque en verdad procedería el testador mas justa y cristianamente si prefiriese á sus parientes pobres, el derecho le dá facultad para disponer de sus bienes en perjuicio suyo: leyes 1 tít. 6 lib. 3 Fuero real, y 2 y 12 tít. 7 Part. 6. No obstante, hay una escep-

6—Acerca de la capacidad y habilidad del heredero para serlo, es necesario advertir, que para que pueda heredar forzosamente al testador, basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso), han de carecer de él, así al tiempo de la institucion, como al del fallecimiento. Mas los estraños deben estar libres é indemnes, en tres tiempos: el primero, cuando son instituidos: el segundo, cuando muere el testador; y el tercero, cuando aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, antes bien entrará en ella el sustituto si lo hubiere, ú otro que con ellos sea instituido, á quien acrecerá; y si ninguno de éstos hubiese, pasará á los parientes mas cercanos del testador (7) (id).

cion á favor del hermano y ésta tiene lugar, como dijimos en otra parte, cuando el testador instituyó por herederos á sujetos de mala vida ó infames, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espúrios, usureros, clérigos pública y continuadamente amancebados y otros que refieren los autores y cuya designacion se deja al arbítrio del juez. Gomez en la ley 9 de Toro n. 21, y Castill. lib. 2 cap. 16 n. 1, 18 y sig.

(7) Ley 22 del mismo tít. y Part.

(id) Debe tenerse presente, que la ley escluye de la sucesion á algunos por *incapaces* y á otros por *indignos*. La incapacidad y la indignidad proceden de causas muy diferentes: la primera viene ó de la naturaleza, como en el caso del que sale muerto del vientre de su madre, ó de la ley como en el del condenado á muerte civil: la segunda proviene de la falta de cumplimiento de un deber hácia la persona, la honra ó la memoria del difunto á quien se pretende heredar; y aquí se comprenden los herederos forzosos que han sido desheredados por alguna de las justas causas que designa

7—En atencion á que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por cuanto el que lo aceptaba era compelido á pagar todas las deudas (8) del difunto, como que era su sucesor universal y entraba representando su persona; para facilitarlo se concedieron à los que fuesen herederos, dos beneficios, que son: el derecho de deliberar y el de inventario. El primero es: *un espacio concedido por la ley al heredero dentro del cual pueda informarse, así del valor de la herencia, como del número de las deudas, y resolver si le tiene provecho ó no, el aceptarla* (9). El tiempo que puede conceder el Rey es de un año, y los demas jueces inferiores, nueve meses. Pero conociéndose que en ménos tiempo se puede deliberar, solo se les deberán conceder cien dias (10). Pero de este beneficio no se úsa, por cuanto hay concedido otro mas útil y mas seguro, con el cual, sin peligro alguno, puede cualquiera aceptar una herencia (ie).

el derecho. El incapaz no puede adquirir ni recibir la herencia: el indigno, capaz de lo uno y de lo otro, no puede conservar la herencia que ha recibido ó adquirido *Indignus*, dice Cuyacio, *est capax jure, incapax effectu: incapax vero, est incapax jure et effectu.* Escriche, palabra *Heredero.*

(8) Prol. del tít. 6 Part. 6.

(9) Ley 1 tít 6 Part. 6.—(10) Ley 2 del mismo tít. 6.

(ie) Si el heredero muriese ántes de cumplido el término que se le hubiere concedido, el que le sucediere tendrá para deliberar el têrmino que falte; pero si falleciere despues de concluido el plazo sin haber admitido la herencia, solo tendrá derecho á entrar en ella su sucesor en caso de que él sea descendiente de aquel á cuya sucesion testamentaria ó legítima fué llamado, y no en el de ser estraño: ley 2 tít. 6 Part. 6. Durante el tiempo de la deliberacion, no puede el heredero vender

8—Este es el de *inventario*, el que haciéndose conforme á derecho, es de grande utilidad. Veamos, pues, qué cosa sea inventario, cómo deba hacerse, y qué efectos produce. Inventario no es otra cosa: que *un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte, ó por embargo de alguno*(11) (if).

9—Se divide el inventario en *solemne* y *simple*: el primero es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho; y el segundo, el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nómina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el cual es que se conozca qué bienes, de qué clase, precio, peso y medida existen (ig).

ni enajenar cosa alguna de la herencia, á no ser mediante decreto judicial y habiendo justa causa, como si la enajenacion fuese necesaria para el entierro del difunto ó para evitar el deterioro de sus bienes: ley 3 tít. 6 allí. No aceptando la herencia, debe restituirla ó la parte que hubiese tomado de ella, al que sea declarado heredero, y en caso de no hacerlo así, pagará su estimacion segun el juramento del heredero, regulado por el juez: leyes 3 y 4 del mismo título y Partida. Creemos que la enajenacion debe ser en pública subasta, y que el término para deliberar, solo puede pedirse hoy al juez.

(11) Leyes 99 y 100 tít. 18 Part. 3, y 5 tít. 6 Part. 6.

(if) La palabra *inventario* se deriva del supino *inventum* del verbo latino *invenire*, que significa *hallar*.

(ig) El inventario puede ser judicial ó extrajudicial: *judicial* es, cuando se hace con intervencion de juez, sea á peticion de parte, sea de oficio: *extrajudicial*, cuando se hace sin intervencion de juez por los interesados. Estan obligados á hacer inventario el heredero, aunque sea fiduciario, los guardadores, el prelado eclesiástico, el administrador de bienes ajenos, sin ex-

10—Para que el inventario solemne sea válido, se requieren las condiciones siguientes: 1ª Que se cite al efecto á los herederos (si no es que lo hagan ellos), legatarios y acreedores (12): 2ª Que se haga ante personas públicas, con autoridad pública, como son juez y escribano; pero parece que de necesidad no se requiere la presencia del juez, sino es en algunos casos que trae Febrero (13) (ih); y así por lo regular basta la del escribano, precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presen-

ceptuar al padre por el peculio castrense y aun por el adventicio, si el hijo casado no tiene diez y ocho años; el albacea y el fisco cuando sucede por herencia, pero no cuando sea abintestato. Tapia, *Febrero novísimo*, tom. 6 tít. 1 cap. 1 n. 29.

(12) Ley 6 tít. 6 Part. 6, de la que se infiere que vale el inventario aunque no se citen los legatarios; pero en este caso les queda arbitrio para argüirlo de diminuto; ni tampoco está en uso citar á los acreedores, á quienes queda el mismo derecho que á los legatarios. De consiguiente, solo debe citarse á la viuda ó cónyuge sobreviviente, y á los herederos. Sala mejicano, tom. 5 pag. 34 núm. 6.

(13) Véase en el libro 1º *de invent.*, c. 1 § 1 n. 16.

(ih) El juez debe asistir al inventario, cuando haya qué recontar dinero ó inventariar alhajas preciosas, segun el cap. 5 del arancel de los tenientes de corregidor de Madrid de 11 de abril de 1768; cuando algun acreedor del difunto pidiere que se haga inventario judicial, y cuando uno fallece abintestato, dejando herederos menores, ausentes ó desconocidos. En los demas casos pueden los interesados, esto es, los albaceas ó herederos, y siendo éstos menores ó ausentes, sus tutores, curadores ó defensores, proceder extrajudicialmente á la faccion de los inventarios, los cuales no obstante, deberán hacerse ante escribano, precediendo auto de juez que le comisione al efecto: ley 10 tít. 21 lib. 10 Nov. R.

cia contínua (14) (ij): 3.ª Que se inventaríen todos los bienes que dejó el difunto, por clases separadas, y por menor, con distincion de muebles, raices, semovientes, fueros, derechos y acciones, juntamente con todos los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios (ik): 4.ª Que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se comienza y concluye, al modo que en cualquier instrumento público, y de lo contrario no vale (15): la razon es, porque el he-

(14) Leyes 99 y 100 tít. 18 Part. 3 y 5 tít. 6 Par. 6.

(ij) El conocimiento de inventarios corresponde al juez secular ordinario, segun el art. 14 cap. 2 de la ley de 9 de octubre de 1812; pues los tribunales eclesiásticos estan inhibidos para mezclarse en ningun caso en la nulidad de testamentos, *inventarios*, secuestro ó administracion de bienes, aun cuando el testador, albacéa ó herederos sean eclesiásticos, conforme está dispuesto en real cédula de 13 de junio de 1775; mas no si el difunto fuere militar, pues entónces segun la real órden de 19 de junio de 1764, debe conocer el juez de su fuero. Véase el art. 3 de la ley de 13 de octubre de 1840 que atribuye tambien á la jurisdiccion castrense el conocimiento de los inventarios y particiones de herencias de los militares.

(ik) El heredero que maliciosamente y á sabiendas, sustrae ó deja de poner en el inventario alguna cosa de la herencia, debe restituir el duplo de lo ocultado en beneficio de los acreedores y legatarios y perder la *cuarta falcidia*, cuando por derecho le corresponde. Mas para incurrir en dicha pena es necesario: 1º que el que alega la ocultacion especifique con individualidad los bienes ocultados: 2º que pruebe que se hizo á ciencia cierta, con dolo y malicia; y 3º que tambien pruebe que estos bienes estaban en poder del difunto al tiempo de su muerte. Tapia citado, tom. 6 tít. 1 cap. 4 n. 1 y 2.

(15) Ley 13 tít. 25 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 23 lib. 10 Nov. Rec.

redero debe acreeditar haberlo principiado y concluido en el término legal, y no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año, fuera de que, como instrumento público, se viciaría por esta falta y sería lo mismo que no haberlo hecho (16).

12—5.ª Que se principie y concluya dentro del término legal. El heredero, pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses, inclusos los treinta dias. Esto es, si en el distrito del pueblo donde falleció el testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año, á mas de los tres meses (17): 6.ª Que presencien la confeccion del inventario tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, varones y de buena fama, que conozcan al heredero ó inventariante, y que vean lo que se inventaría, oigan y entiendan lo que se escribe (18).

12—La 7.ª Que el que hace el inventario lo suscriba ó firme, y si no sabe, otro escribano por él (19). Pero lo que se practica es, que uno de los testigos firme, pues no es posible que en todas partes se hallen dos escribanos (20). 8.ª Que el inventariante asegure que ha hecho fiel y legalmente el inventario, sin engaño alguno (21), la cual cláusula se pone regularmente con juramento, aunque las leyes no lo previenen (il).

(16) Leyes 5 tít. 6 Part. 6 y 13 tít. 25 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 23 lib. 10 Nov. Rec.

(17) Leyes 100 tít. 18 Part. 3 y 5 tít. 6 Part. 6.

(18) Dichas leyes.—(19) Las mismas leyes.

(20) Febrero *de invent.* lib. 1 § 1 núm. 36.

(21) Leyes 100 tít. 18 Part. 3 y 5 tít. 6 Part. 6.

(il) No incurre en la pena de ocultacion el que hace

13—El inventario simple ó estrajudicial, ciertamente no necesita de juez ni de decreto para hacerse; pero sí de escribano, y se formaliza con todas las solemnidades dichas (im).

14—Los principales efectos que produce el inventario son: 1º que habiéndolo el heredero verificado, no puede ser convenido en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda: 2º que no se le puede mover pleito miéntras lo está formando; y 3º que en su consecuencia puede determinar sobre la renun-

en el inventario la protesta de agregar lo que hallare de nuevo; mas no bastará á libertarlo si se le probase con indicios graves ó vehementes que maliciosamente ocultó, como si se le advirtió que listára tales bienes, no lo hace, y despues se averigua que estaban en poder del difunto: tampoco se reputa ocultador, el que se vale de otro para que forme el inventario y éste oculta; ni el poseedor que como tal, y no como heredero, forma el inventario y encubre, porque esta ley como penal debe restrinjirse. TAPIA, lug. cit. n. 5 y sigtes.

(im) Se advierte, que segun la ley 9 tít. 6 Part. 6, los pleitos sobre inventarios deben sentenciarse dentro de un año; y que cuando hubiere duda sobre la validacion de éstos, se observarán las reglas siguientes: 1ª cuando todos los testigos impugnan el inventario, no hace fé: 2ª si uno ó dos lo impugnan, y tres ó mas lo sostienen, se reputa válido: 3ª cuando es igual el número de los que lo combaten y el de los que lo defienden; ha de estarse por éstos: 4ª si el que impugna es un testigo puesto sin necesidad y sin requerirlo la ley, basta él solo para destruir la fé del inventario, si los demas testigos no deponen á favor de éste; y 5ª cuando algunos de los testigos dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no su formacion, no debilitan la fé del inventario, porque nada deponen contra él. ESCRICHE, palabra *Beneficio de inventario.*

cia, ó aceptacion de la herencia, lo cual puede hacer por palabra ó por hecho (22) (in).

(22) Leyes 5, 7, 10, 11 y 18 tít. 6 Part. 6.

(in) La aceptacion ó *adicion* de la herencia es el *acto por el cual el heredero manifiesta su voluntad de sucéder al difunto.* Este acto se hace simple y puramente, no bajo de condicion: ley 15 tít. 6 Part. 6. Se hace *de palabra,* cuando manifiesta el heredero de una manera clara y esplícita su voluntad de admitir la herencia: *por hechos,* cuando ejecuta algunos actos que la demuestran suficientemente; por ejemplo, si se apodera de las cosas hereditarias y obra en ellas como señor. Pero no se entenderá así en el caso de que hubiera entrado en aquellos bienes solo con el objeto de conservarlos, y para que no se deteriorasen, ó por razones de piedad; si bien en estos casos, para evitar dudas é interpretaciones siniestras, deberá protestar de un modo fehaciente que no quiere ser heredero, y esponer los motivos que le mueven á mezclarse en la herencia: ley 11 tít. 6 Part. 6.

TÍTULO XX.

DE LOS LEGADOS.

SUMARIO.

El *legado*, que tambien se llama *manda*, es: *una donacion que el testador hace en su testamento, ó en otra disposicion testamentaria á alguno por amor de Dios ó por su alma, ó por hacer bien á quien se la deja*; y legatario se llama: *aquel que es nombrado para su percibo* (1) (io).

(1) Leyes 6 tít. 6, y 1 tít. 9 Part. 6.

(io) La palabra *legado* se deriva de la latina *lex*, porque la voluntad del difunto espresada en su última

2—Los legados se dividen en *forzosos* y *voluntarios*. Los primeros son aquellos que por mandado del derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera legar. Tales son en esta diócesis, la archicofradía del Santísimo Sacramento, fundada en el Sagrario de esta Sta. Metropolitana Iglesia: la redencion de cautivos: Nuestra Señora de Guadalupe de Méjico; y los lugares santos de Jerusalen, y estos cuatro legados se pagan el dia de hoy. Los *voluntarios* son los que dependen de la voluntad del testador, como efecto de su liberalidad (ip).

3—Habiendo visto qué cosa es legado y su division, resta examinar ahora quién puede legar; á lo cual decimos: que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento, puede dejar legados; y como esto ya queda espuesto en el título de los herederos y de los que pueden ó no hacer testamento, es inútil repetirlo. Así, v. g., vimos que el hijo de familias puede hacer testamento; luego puede legar: que el he-

disposicion, viene á ser una ley: *Dicat testator*, decian los romanos, *et erit lex.*

(ip) En cuanto á los legados forzosos debe tenerse presente el decreto de las Cortes españolas de 9 de noviembre de 1820 en que se suprimen las exacciones que se hacian para redencion de cautivos con el título de mandas pías y forzosas, habiendo tambien cesado la de la causa del venerable Gregorio Lopez, por cédula de 1º de junio de 1785. Hoy no existe ni se paga entre nosotros otra manda forzosa que la de seis pesos que deben enterarse en la tesorería de la Universidad, cuando el testador deja bienes cuyo monto sea de mil pesos, segun el decreto de 2 de setiembre de 1841. Las mandas voluntarias se dividen en *genéricas*, *especiales* y *de cantidad*, de las cuales se trata mas adelante.

rege ó apóstata no lo puede hacer; luego ni tampoco podrá dejar legados.

4—Tampoco tiene dificultad el saber á quiénes se pueden dejar legados, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejárseles el legado (2). Esceptúase de esta regla el legado de alimentos, el cual es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces de ser herederos; v. g., el hijo espúrio (3) (iq).

5—Puede el testador mandar que pague á otro algun legado, á todos aquellos que reciben algo de

(2) Ley 1 tít. 9 Part. 6.

(3) Ley 8 tít. 8 lib. 5 de la Rec. Ley 6 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.

(iq) Es *legado de alimentos*, el que tiene por objeto la subsistencia del legatario. Cuando el testador lega los alimentos á alguna persona sin señalamiento de cuota, debe dar el heredero al legatario lo que el difunto solia darle con este objeto, en el tiempo anterior á su fallecimiento, y por falta de esta noticia y circunstancias, lo que necesite para vivir segun su condicion y las facultades de la herencia: leyes 2 tít. 19 Part. 4 y 24 tít. 9 Part. 6. Los alimentos han de darse por todo el tiempo que hubiere señalado el testador; no habiéndolo señalado, por toda la vida del legatario: Goyena cit. n. 1702. Cuando se lega á los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de cumplirse ésta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, ya porque hásta dicha edad no pueden regularmente adquirir con su industria lo necesario para vivir; á no ser que el testador hubiese prefijado la época. Así se observa, segun enseña Escriche, con arreglo á la ley 14, *Dig. de alimentis legatis*.

su testamento, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él (4); y así, no hay duda que podrá mandar que dén legados á su heredero, legatario, fideicomisario, y donatario *mortis causa*, porque todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia; v. g., puede un testador decir de esta manera: á Seyo le lego mi casa; á Sempronio lego mil pesos que le entregará á Seyo. Pero si á Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sempronio un legado de mil y quinientos, no valdría semejante legado, porque se gravaría á Seyo en mas de lo que se le habia dejado (5). De lo dicho se infiere: que á ninguno se le puede legar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se ejercería con él, dejándole lo mismo que ya tenia antes. Pero si el testador me legase mi casa, para el caso en que dejase de ser mia, sería válido el legado, y entónces el heredero, verificado el caso, debería ó redimirla para volvérmela, ó darme su estimacion.

6—Uno de los puntos principales de esta materia es, saber qué cosas se pueden legar; y acerca de esto es regla general: que *se pueden legar todas aquellas cosas que existen, ó pueden existir*; y así valdrá el legado que uno hiciera de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ó incorporales, de cualquier especie que sean, se pueden legar útilmente (6); y así ninguno dudará que se puede legar un usufructo, una servidumbre, una deuda activa, aun siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporales. Se requiere, con todo eso, que la cosa que se lega esté en el comercio de los hom-

(4) Ley 3 tít. 9 Part. 6.
(5) Ley 4 tít. 9 Part. 6.
(6) Ley 15 del mismo tít. 9.

bres, pues de otra suerte ni se podrá dar ni recibir; y así será absurdo el legado de un templo, de una plaza pública, ó de un puerto y de otras cosas semejantes, pues todas éstas estan escentas del comercio de los privados (7).

7—Puede el testador legar no solo sus cosas, y las de su heredero, sino tambien las ajenas; y en este caso tiene obligacion el heredero de comprar de su dueño la cosa legada, y entregarla al legatario, y si el dueño no la quisiere vender, la estimacion (8). Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era ajena; pues si creia que era suya, á nada está obligado el heredero, pues hay presuncion fundada de que no hubiera hecho el legado, si hubiese sabido que la cosa no era suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era ajena, y si no lo verificare, perderá el legado (9). De esta regla se esceptúa el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa ajena á su muger, ó à algun pariente, pues entónces se presume que en todo caso se la quiso legar (10).

8—Pero qué se deberà hacer cuando el legatário ya haya adquirido la cosa ejena que se le lega en algun testamento? En este caso se debe distinguir si la adquirió por título oneroso ó lucrativo; si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion; si del segundo, el legado es inútil, por la regla que dice: que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y acerca de*

(7) Ley 13 de dicho tít. 9.
(8) Ley 10 tít. 9 Part. 6.
(9) La misma ley 10, en el medio.
(10) Dicha ley, al fin.

una misma persona (11). Esta regla es digna de observarse, y de ella salen cuatro conclusiones: 1ª Que si antes de la muerte del testador habia yo comprado la casa de mi vecino, y él ignorante de la compra me la habia legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso; porque la compra es título oneroso: 2.ª Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sujetos distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por título lucrativo; por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, todavia puedo pedir la casa en fuerza del segundo, porque aun no la he adquirido; y así no se verifica título lucrativo ni oneroso (12): 3.ª Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por título lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte: 4.ª Que si se me ha legado alguna cosa ajena y yo solo he adquirido la propiedad sin el usufructo, por título oneroso, entónces recibiré la estimacion de solo la propiedad (13).

9—Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prenda á otro, y vale el legado (14); pues siendo constante que puede legar las cosas ajenas, con mayor razon podrá hacerlo con las opignoradas, en las cuales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber cuándo tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada y cuándo el legatario: para lo cual, estableceremos varias reglas.

(11) Ley 43 tít. 9 Part. 6.
(12) Ley 44 del mismo tít.
(13) Arg. de dichas leyes.
(14) Ley 11 tít. 9 Part. 6.

1ª. Sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero, y entregarla libre al legatario (15): 2ª. Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero; ahora lo supiese ó no el testador (16): 3ª. Si la cosa estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo ignoraba, entónces el legatario debe desempeñarla (17).

10—Vale tambien el legado de la cosa dada en prendas al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia dado el testador (18); sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, á menos que el testador mande espresamente lo contrario.

11—Mas ¿qué se deberá decir cuando el testador haya legado una alhaja, por ejemplo, una casa, y viviendo todavia la enajena? ¿Será válido con todo eso el legado, ó nó? En este caso distingue nuestro derecho: ó la enajenacion fué por donacion ó por venta; si fué del primer modo, se acaba el legado, porque presume el derecho que se arrepintió, y que quiso quitar el legado al legatario (19). Si del segundo, permanece útil el legado y se debe la estimacion de él, por presumir el derecho que el haber vendido la cosa legada fué por urjencia que padeció el testador,

(15) Dicha ley 11, en el princ.
(16) Dicha ley, en el medio.
(17) La misma ley, al fin.
(18) Ley 16 tít. 9 Part. 6.
(19) Leyes 17 y 40 tít. 9 Part. 6.

y no con intencion de revocarlo (20).

12--Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales: tales son el legado de *nombre*, de *liberacion*, y de *deuda*, las cuales especies se deben distinguir con cuidado. Legado *de nombre* es, cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. Legado de *liberacion* ó de libertad es, cuando se deja al legatario lo mismo que él debe. Finalmente, legado *de deuda* es, cuando el testador lega à su acreedor lo mismo que él le debia pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que éste produce es, que el heredero debe ceder al legatario las acciones que tenia el testador contra el deudor (21). Pero ¿qué se deberà hacer cuando esta deuda activa no sea buena, de suerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso à nada mas está obligado el heredero, y cumple con traspasar al legatario todo el derecho que él tenia. Por el legado de liberacion ó de libertad, està el heredero obligado á entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado à favor del testador, las prendas y demas seguridades de la deuda, y de este modo librarlo enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una cuestion curiosa: ¿qué se deberia hacer en el caso de que el testador cobrase en vida la deuda, si permanecerà útil el legado? Aquí distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y recibió la deuda, perece el legado, y no està obligado el heredero à dar la estimacion de él, porque se entiende que lo revocó, pues cobró la deuda y se la entregaron; pero si el deudor la pagó de su voluntad no pidiéndo-

(20) Ley 40 ya citada.
(21) Ley 15 tít. 9 Part. 6.

sela; entónces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero està obligado à dar la cosa mandada en que consistia la deuda ó su estimacion. Y la razon es, porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin pedirla, se presume que su intencion es guardarla para aquel á quien la legó (22).

13—El legado de *deuda* se puede dudar con bastante razon si serà útil; porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue à su acreedor lo mismo que le debe: por otra parte, el heredero, aun sin legado, tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es ùtil: figurarémos tres casos en que lo es evidentemente. 1.º Cuando el testador debe bajo de condicion, ó para cierto dia; entonces la utilidad del legado es suma, porque en virtud de él, està obligado el heredero à pagar luego al punto: 2.º Cuando la deuda solo es de escritura sin hipoteca; pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los bienes de la herencia: 3º. Cuando la deuda no está líquida, ó es difícil de probarse; pues entonces trae al legatario la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda.

14—Hay tambien legados que se llaman de *género*, de *especie*, y de *cuantidad*, y sus diferencias son dignas de notarse. *Género* llaman los juristas, á lo que para los filósofos es especie; v. g., un caballo, un libro, un vestido. *Especie*, por el contrario, à lo que los filósofos individuo; v. g., tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heineccio de mi librería, un vestido de terciopelo negro que tengo en

(22) Ley 15 tít. 9 Part. 6.

mi ropero etc. Finalmente, *cuantidad* es un género determinado con cierto número; v. g., cuatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie, se deben observar las reglas siguientes: 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario.* Para esto hay dos razones: la primera, porque el dominio de la cosa legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño (23). La segunda, porque el heredero solamente es deudor de cierta especie, y así, se libra si perece ésta. Se esceptúa de esta regla el caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa legada, pues entonces perece para él, y tambien cuando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve (24). 2ª. *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó diminucion que tuviere, pertenece al legatario;* y así, si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentó hasta ciento cincuenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyó la manada hasta quedar en veinte cabezas, este daño será tambien del legatario, por la razon ya dada, de que el dominio de la especie legada pasa al legatario, inmediatamente despues de la muerte del testador (ir).

(23) Ley 34 tít. 9 Part. 6.
(24) Ley 41 tít. 9 Part. 6.
(ir) En todo legado no solo debe entregar el heredero al legatario la cosa específica é individual que mandó el testador, sino cuanto á ella pertenezca, y el incremento que haya tenido hasta el dia que se le entregue, segun lo dispone la ley 37 tít. 9 Part. 6; pero si

15—Por lo que hace al legado de género se deben observar en él dos reglas: 1.ª *Que para que sea útil, es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*; y así, no producirá efecto si el género fuere supremo, ó sin determinacion por la naturaleza. Esto esplicado de este modo parece oscuro; pero se hará claro con los ejemplos. Un caballo, v. g., es legado de género ínfimo, y cualquiera sabe qué cosa es un caballo: mas un legado que se hiciese de un animal ó de una cosa absolutamente, sería legado de género supremo; y así sería cosa absurda y ridícula legar á Ticio, v. g., un animal; pues en este caso cumpliria el heredero con entregarle una mosca ó una pulga. De aquí se infiere claramente la razon de una ley (25), que dice: que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no está obligado el heredero á comprarla, ni vale el legado, pues presume el derecho

la cosa legada era ajena y lo sabía el testador, nada se dará al legatario por razon de aumento: Gomez, *Var.* lib. 1 cap. 11 n. 11. De la misma manera que el aumento de la cosa legada pertenece al legatario, tambien le pertenece su diminucion ó menoscabo; por lo que si despues de haberse legado una casa, finca ú otra cosa, enajenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enajenar; y lo propio milita si la casa se arruina, pues llevará solamente el área ó solar en que estaba edificada. Pero si el testador la reedificó despues, no tiene derecho á ella el legatario, porque es visto haber revocado el legado, salvo que deje algo sin reedificar, pues de esto se le deberá el área: Gomez, lug. cit. vers. *simil.* Lo espuesto se entiende siendo el legado de casa, pues si fuere de área ó solar, y luego edifica una casa, ésta será del legatario como aumento sobrevenido al legado: ley 37 citada y Gomez n. 11 allí.

(25) Ley 23 tít. 9 Part. 6.

que el testador se burla, porque semejante legado sería de un género indeterminado, y que no tiene límites por la naturaleza; y así solo valdría cuando el testador tuviese alguna ó algunas casas, pues entonces se entendería que le legaba una de ellas.

16—2ª *En el legado de género tiene la eleccion el legatario; pero de tal suerte que no puede elegir lo mejor* (26): v. g., si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escojer el que guste, con tal que no escoja el mejor, y en esto se diferencia el legado de género del legado de opcion.

17—Legado de *opcion*, ó de eleccion se llama, cuando el testador, con palabras espresas y terminantes, concede al legatario que entre muchas cosas de un mismo género escoja la que le parezca mejor; v. g., si uno en su testamento dijese de esta manera: lego á Ticio el caballo que elijiere de mi caballeriza, ó el que mas le agradare (27). En este legado se deben notar tres cosas. La 1ª es, que puede el legatario tomar lo mejor, lo cual no podia en el legado de género (28). La 2ª, que una vez hecha la eleccion, no puede arrepentirse y volver á escojer, por parecerle que no escojió lo mejor, sino que á sí mismo se debe imputar si hizo una eleccion imprudente (29). La 3ª, que si el legatario en vida no elije, lo podrán hacer sus herederos, de suerte que aun la opcion pasa á ellos (30).

18—Resta dar una regla, que es comun al legado de género y de cuantidad, la cual es esta: *ni el gé-*

(26) Dicha ley 23 tít. 9 Part. 6.
(27) Ley 25 tít. 9 Part. 6.
(28) Dicha ley 25 y la 23 antecedente.
(29) Ley 25 tít. 9 Part. 6.—(30) Ley 26, allí.

nero ni la cuantidad perecen (31). La utilidad de esta regla es insigne: porque si, v. g., á mí se me hubiera legado un caballo, ó la cantidad de cien pesos, y el heredero lo hubiese comprado para dármelo, ó hubiera contado y prevenido los cien pesos, y un ladron se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ó librarse de pagar el legado, porque el género y la cuantidad siempre existen en el mundo, y nunca perecen.

19—Finalmente se pueden legar los hechos; y es la razon, parte, porque son ó pueden ser de utilidad; y parte, porque al testador le es lícito obligar á su heredero á hacer cualquier cosa que le parezca, con tal que no sea torpe ni ridícula, ó de burla; y así, valdría el legado que un testador hiciese de esta suerte: mando á mi heredero que todos los años le siembre su campo á Ticio; pero seria absurdo é inútil este: mando a mi heredero que todos los años, en el dia del nacimiento de Ticio, baile desnudo en su calle (is).

(31) Arg. de la ley 41 tít. 9 Part. 6.

(is) Hay otras especies de legados de que vamos á hablar lijeramente. *Legado de dote*, es el que hace el marido á la muger de lo que confiesa haber traido ésta por dote al matrimonio. Este legado viene á ser de la misma naturaleza que el de *deuda*, y es útil á la muger, la cual puede pedir desde luego esta dote confesada, porque de otra manera tendria qué esperar un año, si consistiese en muebles; y por otra parte, no está obligada á probar haber traido realmente al matrimonio lo que así se la deja, pues el heredero tiene que hacerle su entrega, aunque no hubiese traido ni un maravedí, por la razon de que *la causa falsa no vicia el legado:* leyes 20 y 21 tít. 9 Part. 6. Legado *vitalicio*, es el que hace el testador de una renta fija á favor de alguna persona, para que lo disfrute durante su vida; y pueden los

20—Síguese ahora tratar del *derecho de acrecer*, el cual no es otra cosa: que *un derecho por el cual la parte del colegatario que muere ó no la recibe, acrece al otro*. Este derecho, por las leyes de Partida, tenia lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias (32), pero por razon

herederos convenirse con el legatario sobre el modo de que tenga efecto este legado. Legado *anual* ó *ánuo*, es el de cierta cantidad que se deja para cada año, como si dice el testador que deja tal cantidad á Maria hasta que se case. El legado del primer año es puro y el de los siguientes condicional, como que lleva inherente la condicion *si viviere*. De aquí se sigue: 1º que el dia del legado del primer añoce de desde la muerte del testador, y el de los siguientes desde el principio de cada año: 2º que si el legatario muere al principio del año, transmite á sus herederos el legado de aquel año; y 3º que espira el legado no solo por el transcurso del tiempo para que se dejó, sino tambien por la muerte del legatario. ESCRICHE, en esta palabra. Finalmente, en el *legado de cosa principal y cosa accesoria*, se ha de observar si se legan copulativamente dos cosas principales, ó si la una es principal y la otra accesoria: en el primer caso, pereciendo la una, aun se debe la otra; y en el segundo, pereciendo la principal, no se debe la accesoria. Pablo me dejó, por ejemplo, un caballo y un buey; entónces pereciendo el caballo se me debe el buey; pero si me dejó un caballo con su silla y sus jaeces, muerto el caballo, no se me deben los jaeces ni la silla, porque *accessorium natura sequi congruit principalis*. Mas esta regla de que lo accesorio sigue á lo principal, solo tiene lugar cuando lo principal pereció en vida del testador, pues si pereció despues de su muerte, como ya el legatario tenia entónces derecho á toda la cosa legada, deberán entregársele los restos, por la regla de que, *meum est quod ex re mea superest*.

(32) Ley 14 tít. 3 Part. 6.

muy diversa. En las herencias era porque ninguno podia morir parte testado y parte intestado, lo cual el dia de hoy por la ley de Recopilacion (33) está permitido á cualquiera. Pero en los legados, el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el dia; porque cuando un testador, juntó á Ticio y á Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que si faltase el uno, mas bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Trataremos, pues, ahora de los requisitos necesarios para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en las herencias no tiene lugar, si no es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna (34).

21—Dos son los requisitos para que se verifique el *derecho de acrecer*. El primero, que falte el colegatario, y que sea ántes de la muerte del testador; porque si le sobrevive, aunque sea por un momento, pasa el legado á los herederos, y ya no ácrece al otro legatario (35). El segundo, que sean conjuntos, y se llaman así, los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, por ejemplo: á Ticio y á Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si á Ticio se le lega la casa, y á Mevio un campo, aunque falte uno de los dos, nada acrece al otro (36).

22—Veamos ahora de cuántos modos puede ser la *conjuncion*. Se divide, en conjuncion *en la cosa*, en conjuncion *en las palabras* solamente, y en *mista*; esto es, en la cosa y en las palabras juntamen-

(33) Ley 1 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec.

(34) Véase la nota de Sala en el Vinnio lib. 2 tít. 14 núm. 12 y 13.

(35) Ley 33 tít. 9 Part. 6.

(36) Dicha ley 33.

te. Se dice ser conjuntos en la cosa, cuando muchos son llamados á recibir una misma, pero en diversas proposiciones; v. g., á Ticio le lego mi casa: á Mevio lego la misma casa; y á estos llaman tambien *disjuntos*, porque sus nombres están puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente se llaman conjuntos, los que son llamados á una misma cosa en una sola proposicion, asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales, v. g.: á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. Conjuncion mista se da, cuando una misma cosa es legada á muchos en una proposicion y sin señalar partes; v. g., á Ticio y Cayo lego mi fundo (37).

23—En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera ántes que el testador, acrecerá á los demas, siempre que se presuma así de la voluntad del difunto, por no espresarse cosa en contrario (38) (it).

(37) La misma ley 33 tít. 9 Part. 6.—(38) Dicha ley.

(it) De toda esta doctrina se deduce por regla general, que el derecho de *acrecer* solo puede tener su efecto, tanto en materia de herencias como de legados, cuando en un mismo testamento se deja una misma cosa á dos ó mas personas *indivisa y solidariamente*, sean en una cláusula, sea en cláusulas separadas; de suerte que si concurren todas las personas, como por este concurso se quita la accion solidaria y se hace la division, no hay ya lugar al derecho de acrecer: mas si alguna de ellas no viene á tomar su parte, por no querer ó no poder, no se hace la division y la accion solidaria queda á favor de la otra, la cual recoje por entero la cosa que se les habia dejado, que es en lo que consiste el derecho de acrecer: ley 33 tít. 9 Part. 6. Es cierto que en esta ley solo se habla de legados ó *mandas;* pero los jurisconsultos no dudan en estender su disposicion á las herencias por identidad de razon,

24—Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente, para algun dia, (lo cual se llama en latin *ex die vel in diem*) bajo de condicion, con demostracion, con causa ó con modo. *Puramente* se lega, cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; v. g., lego á Ticio cien pesos (39). En esta especie de legados se debe tener por regla general, que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado, cuando aunque haya obligacion de pagarlo, todavia no se puede cobrar: por el contrario, cuando ya se puede exigir la paga ó entrega de él, se dice que se puede pedir; de suerte, que el sentido de la regla dada es, que el legado que se deja puramente, hay obligacion de pagarlo inmediatamente que muere el testador, y que tambien en el mismo instante se puede cobrar.

25—Legado *desde algun dia* es aquel que tiene término desde cuando debe comenzar: v. g., lego á Ticio mi casa diez años despues de mi muerte; y legado *hasta cierto dia* es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar: v. g., lego á Ticio mi hacienda por diez años (40). En el primer caso, si el dia es cierto, se debe luego el legado, pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años: en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas si el dia señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si existirá ó no, entónces el dia se tiene por

puesto que en materia de herencias y mandas, se ha de atender á la voluntad espresa ó presunta del testador, la que quiere la ley 1 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec., se guarde y cumpla religiosamente.

(39) Ley 31, en el principio, tít. 9 Part. 6.

(40) Ley 31 tít. 9 Part. 6.

condicion.

26—Del legado condicional nada hay aquí que añadir, pues todo se ha esplicado ya cuando se trató de la institucion de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es: que *el legado condicional ni se debe, ni se puede cobrar antes de que exista la condicion* (41). De donde se sigue, que si el legatario muere ántes que se cumpla la condicion, nada transmite á sus herederos, sino que espira el legado.

27—Con *demostracion* se dice que lega un testador, siempre que hace descripcion de la persona, ó de la cosa legada: v. g., á Ticio, que administró mis negocios, mando se le den cien pesos: á Mevio lego la casa que compré de Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostracion no lo vicia, con tal que de otro modo conste de la persona, y de la cosa legada (42); y así, aunque sea falso que Ticio administró sus negocios, ó que la casa la hubiese comprado de Sempronio, con todo, es útil el legado, y surtirá su efecto.

28—Síguese el legado dejado *bajo de cierta causa*. Por causa entendemos aquí la impulsiva, y que el testador espresa en su testamento, v. g.: á Ticio, porque me defendió un pleito, le lego cien pesos. En este caso, vale tambien la regla ya dada en la demostracion; y así, la falsa causa no vicia el legado (43), porque como el testador se há á manera de un legislador, y la ley se debe obedecer, aunque se alegue una causa falsa, de aquí es, que vale el legado porque consta de la voluntad del testador. Se

(41) Ley 21 de dicho tít. y Partida.
(42) Leyes 19 y 20 tit. 9 Part. 6.
(43) Ley 21 del mismo título, en el medio.

esceptúa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habría legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entónces falta la voluntad, y será nulo el legado.

29—Finalmente, *bajo de modo* se dice dejado un legado, cuando el testador espresa el fin para el cual lo deja: v. g., lego á Ticio mil pesos para que se gradúe de doctor. Este se debe, y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no lo cumpliere lo restituirá, pues hasta que lo cumpla gana el dominio de él (44).

30—Al fin de este título se debe notar, que valen los legados hechos, aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion injusta, pues así lo concede espresamente nuestro derecho (45), que solo atiende á que la voluntad del testador, siendo justa y arreglada, se cumpla en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede cuando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por cualquiera otra causa no entra en ella; pero en todo caso debe constar de la solemnidad prescrita por derecho (46); pues faltándole, no tendrá fuerza de testamento, ni hará fé en juicio, ni fuera de él.

31—Tambien se advierte, que los legados no se deben dejar á arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí, y con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca plenamente su voluntad, y no se dude del legatario y cosa

(44) Dicha ley 21 tít. 9 Part. 6.

(45) Ley 1 tít. 4 lib. 5 de la Rec. Ley 1 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec. Ley 7 tít. 8 Part. 6.

(46) Ley 1 tít. 4 lib. 5 Rec. Ley 1 tít. 18 lib. 10 N. R.

legada, pues de otra suerte no valdrían (47). Pero puede dejar á su heredero ó á otro, la facultad de elejir á personas inciertas, de las ciertas que le señale, pues en este caso, no se confire en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona. Para que sean válidos, se requiere tambien, que sean hechos en testamento ó codicilo, ó poder para testar (48). Es verdad que no solo legados, sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y cualquiera otra cosa (escepto la institucion de heredero) se suelen hacer en un escrito separado que se llama *memoria testamental*, y no es otra cosa que un escrito simple en que el testador añade, ó quita alguna cosa á su testamento, el cual vale y se estima por parte de éste, siendo firmado por el testador, y citándose en el testamento (49).

32—Tres acciones competen á los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento. La primera es *personal* por cuasi contrato; y la razon de darse esta accion es, porque el heredero aceptando la herencia, es lo mismo que si contrajese con los legatarios. La segunda es *real* en todos aquellos legados, que por ser hechos en especie, pasa el dominio de la cosa legada al legatario, desde el instante de la muerte del testador. La tercera accion es *hipotecaria*, y les compete á los legatarios, porque tienen tácita hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero (50).

(47) Leyes 28 y 29 tít. 9 Part. 6.—(48) Ley 34, allí.
(49) Febrero, *lib. de escrib.* cap. 1 §. 2 núm. 45. Véase la nota (aq), pág. 143.
(50) Ley 26 tít. 13 Part. 5.

Título XXI.

DEL MODO DE QUITAR, Ó DE TRANSFERIR LOS LEGADOS.

SUMARIO.

1 Cómo se quitan ó transfieren los legados.
2 Esto se verifica por ministerio de la ley, ó en virtud de escepcion.
3 De cuantas maneras puede ser la traslacion de los legados.
4 Advertencia sobre el particular.
5 Qué es necesario para que el legado se tenga por quitado.
6 De cuantos modos espiran los legados.

Habiendo hablado hasta aquí del modo de dejar los legados, síguese ver cómo se quitan, ó se transfieren. Y á la verdad, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte (1), no se puede dudar que el testador puede quitar á los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ó transferirlos á otros (2).

2—Dícese que se quitó un legado, cuando el testador ya no quiere legar lo que antes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, á lo cual llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de escepcion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras, ó por hechos. Por *palabras*, cuando el testador, en posterior testamento ó en codicilo, declara que ya no lega á alguno lo que ántes le legaba (3). Por *hechos* se quitará el legado, si el testador lo borrare ó tildare (4) por sí mismo, ó por medio de otro por órden suya. Si acabare la cosa legada, ó le mudare la forma: con esta distincion, que si la cosa se puede reducir á su antigua forma, vale el lega-

(1) Ley 25 tít. 1 Part. 6.
(2) Ley 39 tít. 9 Part. 6.
(3) Dicha ley 39 del mismo tít. y Part.
(4) La misma ley 39 v. *Otrosí se podria.*

do: v. g., si de la plata legada hizo vasos; pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado: v. g., si de la lana, ó madera que habia legado, hiciese antes de su muerte paño ó casa (5). Finalmente, se estingue el legado, cuando el testador sin necesidad alguna vende ó enajena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintió de haber hecho el legado; pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas fácilmente en los casos de venta que en los de donacion, no se entiende revocado, ántes se debe al legatario el precio en que la cosa fué vendida (6). De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tácita ó espresamente. Por medio de escepcion se quitan, siempre que suceda alguna cosa de la cual se pueda presumir que el testador mudó de voluntad, lo cual probándose por el heredero, perderá el legatario su legado (iu).

3—Síguese la traslacion de los legados, la cual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos.

(5) Ley 42 tít. 9 Part. 6.

(6) Véase toda la ley 40 tít. 9 Part. 6, y la 17 del mismo tít.

(iu) Se entienden tambien revocados los legados, cuando despues de hechos se orijinó enemistad capital y no leve, entre el testador y el legatario; pero si luego se reconciliaron, se renuevan y convalecen por la nueva y tácita voluntad del legante: Tapia, lib. 2 tít. 2 cap. 19 n. 10. Legando el testador un carro ó carreta que tiene su mula ó bestia para tirar de él, lo debe haber el legatario con ésta, aunque no se hubiese hecho mencion de ella; pero si la bestia se muere se revoca el legado, escepto que el testador en vida ponga otra en su lugar; pues entónces subsiste el legado y queda firme por la subrogacion de ésta en el de aquella: ley 42 tít. 9 Part. 6 verb. *Otrosí decimos.*

Esta puede ser de cuatro maneras: 1.ª Si se muda la persona del legatario: v. g., cuando se lega á Ticio lo que se habia legado á Sempronio: 2.ª Si se muda la misma cosa legada: v. g., cuando el testador que habia legado á uno su casa, ya no le lega sino su hacienda: 3.ª Si se muda la persona á quien se mandaba que pagase á otro el legado: v. g., si ántes se le mandaba á un legatario que diese á otro cien pesos, y despues se manda al heredero que él sea quien los pague: 4.ª Finalmente, si se muda la naturaleza del legado: como cuando la cosa que ántes se legaba puramente, despues se lega bajo de condicion.

4—Pero se debe advertir acerca del primer modo de transferir los legados, que se haga con toda la claridad, y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no será traslacion, sino conjuncion; v. g., si dijese: á Ticio le dejo la casa de mi morada; y despues: á Cayo dejo la casa de mi morada, pues en este caso la dividirán; pero no si dijere: la casa de mi morada, que dejaba á Ticio, se la dejo á Cayo.

5—De lo dicho hasta aquí se infiere, que los legados se pueden quitar y transferir en testamento ó en codicilos; y añado, que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas (7); ántes bien, con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador, basta para que el legado se tenga por quitado.

6—Para conclusion de este título veamos de cuantos modos espiran los legados. Esto sucederá: 1.º Si el legatario muriere ántes que el testador (8), pues

(7) Véanse las leyes 39 y 40, tít. 9 Part. 6.
(8) Ley 35 tít. 9 Part. 6.

entónces no llega á adquirir dominio en la cosa legada: 2.º Si pereciere la cosa legada, sin culpa ó mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el género y la cuantidad nunca perecen (9): 3.º Se acaba el legado de cosa ajena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por título lucrativo (10), por la razon ya dada, de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa:* 4.º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad; v. g., si no tuviere el competente número de testigos; pero no si fuere nulo en cuanto á la institucion de heredero (11): 5.º Si por parte del legatario no se cumpliere la condicion posible, bajo la cual se le dejó el legado (12). Esto se entiende si estuviere en su mano el cumplirla, pues cuando no puede, como por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entónces se tiene por cumplida, y se debe pagar el legado (13).

(9) Ley 41 tít. 9 Part. 6.
(10) Ley 43 tít. 9 Part. 6.
(11) Leyes 1 y 2 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 1. y 2 tít. 20 lib 10 Nov. Rec.
(12) Ley 21 tít. 9 Part. 6.
(13) Véase la ley 22 tít. 9 Part. 6.

Título XXII.

DE LA LEY FALCIDIA.

SUMARIO.

Este título está bastante conexo con el antecedente, pues así como aquel nos muestra de qué modo se acaban los legados, así éste nos enseña como se disminuyen muchas veces, ó se reducen á menor cantidad.

2—Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituian cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querian aceptar la herencia. Esto dió motivo entre los romanos á que se estableciesen varias leyes, procurando impedir este desórden. Pero como ninguna de éstas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley *Falcidia*, llamada así de Publio Falcidio, tribuno de la plebe en tiempo del Emperador Augusto, el año 714 de Roma; por la cual estableció: que ninguno pudiese legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, de suerte que no le quedase al heredero qué percibir, ó le quedase ménos que la cuarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sí de cada legado.

3—Este derecho, que tuvo oríjen entre los romanos, ha pasado á nosotros y está adoptado por nues-

tras leyes (1); y así, siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones ó mandas, que nada le queda qué heredar, ó le queda ménos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la cuarta parte de la herencia que dicha ley le concede, llamada tambien *Falcidia* en España (2); de suerte que de cada manda ha de sacar la cuarta, la cual le compete por solo haber sido nombrado heredero en el testamento (3).

4—Para deducir dicha cuarta, ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya, es de su cuenta y no de los legatarios (4). Mas si los herederos son forzosos, no sacan cuarta, sino toda su legítima íntegra, sin condicion ni gravámen (5), y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

5—La deduccion de la cuarta falcidia, debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar lo que el testador esté debiendo aunque sea al mismo heredero, á ménos que lo prohiba espresamente, pues en tal caso no se separará el débito de éste: despues, las espensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir; bien entendido, que si lega una cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de ella la cuarta parte; pero si manda que el dinero se entregue á alguno para que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él; mas si sobra algo pue-

(1) Tít. 11 de la Part. 6.
(2) Ley 1 tít. 11 Part. 6.—(3) Dicha ley 1.
(4) Ley 3 tít. 11 Part. 6.—(5) Ley 4.

de deducirla del sobrante (6).

6—No puede el heredero deducir dicha cuarta parte de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos ó á pobres, ó para cualquier otra obra pía; ni de lo que lega el testador que es soldado (7), ni de lo que entregan á los prohibidos de ser legatarios ó herederos (8), ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan, ó hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que es suya y no del testador, ni tampoco cuando éste le prohibe espresamente su detraccion (9). Asimismo, si paga enteramente algunas mandas, creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, si no es que despues de haber empezado á pagárlas aparezca alguna deuda grande de que hasta entónces no habia tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no están entregadas (10).

7—De todo lo demas puede el heredero sacar la cuarta, si la cosa legada tiene cómoda division, y si nó, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion; previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado (11).

8—Finalmente, para poder sacar la falcidia debe el heredero hacer préviamente en el término legal, inventario formal de todos los bienes del fina-

(6) Ley 2 tít. 11 Part. 6.—(7) Ley 4.—(8) Ley 5.
(9) Ley 6 tít. 11 Part. 6.—(10) Dicha ley 6.
(11) Ley 2 de dicho tít. y Part.

do, pues si no lo hace no podrá (12), y ademas estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dejó (13); y si lo hace y satisface á aquellas ántes que éstas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues, por lo que falte, al heredero (14) (iv).

Título XXIII.

DE LOS FIDEICOMISOS UNIVERSALES Y DE LA CUARTA TREBELIÁNICA.

SUMARIO.

1 Razon del método.
2 Qué es fideicomiso, y cómo se divide.
3 Otra division de los fideicomisos.
4 Quiénes pueden dejar fideicomisos, á qué personas, etc.
5 De la cuarta trebeliánica.
6 Cómo debe el heredero fiduciario detraer esta cuarta, y en qué casos.
7 En qué casos no tiene lugar la cuarta trebeliánica.

Hemos hablado ya de las herencias por testamento y de los legados: síguese ahora tratar de los *fideicomisos*.

2—A la fé de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aquí nace la definicion. Fideicomiso es: *una órden*

(12) Ley 7 de dicho tít. y Part. 6.
(13) Ley 10 tít. 6 Part. 6.—(14) Ley 7 allí.
(iv) Algunos autores respetables observan, que habiendo cesado con la ley 1 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec. la causa que motivó la doctrina de este título, que fué la necesidad de la adicion de la herencia para que valieran los demas capítulos del testamento, ya no debe tener lugar *la cuarta falcidia*. Véanse á Gomez *var*. lib. 1 cap. 12, y á otros que cita en apoyo de esta opinion, y á los DD. Serna y Montalvan, en sus *Elementos de derecho civil y penal,* tom. 2 pág. 45 n. 24.

intimada al heredero por palabras de ruego, para que dé alguna cosa á otro (1). Se divide el fideicomiso en universal y singular: *universal* es, cuando á alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ó una parte de ella, y así suele llamarse *herencia fideicomisaria*. *Singular* es, cuando una cosa singular, v. g., algun género, especie ó cuantidad se deja por modo de fideicomiso, y de éste se tratará en el siguiente título. Por lo que hace al universal se debe observar, que para éste siempre se requieren tres personas: 1.ª El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente*: 2.ª Al que se manda que restituya la herencia á otro, y éste se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador: 3.ª Finalmente, aquel á quien se restituye la herencia y se dice *heredero fideicomisario*, el cual, hablando con rigor, no es heredero, pues solo recibe la herencia para entregarla á otro (ix).

(1) Ley 8 tít. 11 Part. 6.

(ix) No siempre se designa la persona á quien debe hacerse la entrega, y muchas veces no suele ser tampoco un individuo determinado, sino el alma del testador. Puede tambien encargarse sigilo en la distribucion, prohibiendo que se pidan cuentas al fiduciario por cualesquiera jueces y personas, y estableciendo que en caso de intentarlo, se convierta aquel en heredero absoluto, cesando el fideicomiso. De esto se infiere, que nuestros fideicomisos guardan muchas veces analogía con los primitivos de los romanos, que dependian de la buena fé del fiduciario. Conocemos los laudables fines que la ley se propuso al conceder este modo de testar; pero deploramos que haya sido y sea frecuentemente oríjen de abusos lamentables, que han dado lugar á que se forme una opinion general poco favorable á esta institucion. *Elem.* cit. pág. 32 n. 19.

3—Esta es la primera division de los fideicomisos: síguese otra; y es, que el fideicomiso puede hacerse tácita ó espresamente. Se dirá hecho *espresamente*, cuando el testador con palabras claras y terminantes, manda á su heredero que restituya á otro la herencia, ó alguna parte de ella; y *tácita*, será cuando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colije que debe restituir la herencia: v. g., Ticio sea mi heredero; pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dijese el testador: ruego á Ticio que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos. Esta especie de fideicomiso tiene mucha semejanza con los mayorazgos.

4—De los principios establecidos, se infiere claramente: 1.° Quién puede dejar fideicomisos, conviene á saber, todos aquellos que pueden hacer testamento, por tener libre disposicion de sus bienes; y así, no podrán todos aquellos que dijimos no pueden testar (2): 2.° Á quiénes se puede mandar que paguen fideicomisos, esto es, á todos aquellos que recibieren alguna parte de la herencia con título de herederos; pero con la condicion de que á ninguno se grave en mas de lo que recibió: 3.° Que se pueden dejar fideicomisos á todos aquellos que pueden recibir por testamento ó ser herederos; y así, v. g., si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio de músicos, no valdrá semejante fideicomiso, si el tal colegio está fundado sin consentimiento del Príncipe, como se supone: 4.° Que se pueden dejar fideicomisos, ó en testamento, ó en codicilo: 5.° Que se pueden hacer fideicomisos puramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto dia.

(2) Ley 14 tít. 5 Part. 6.

5—Siendo difícil que los fiduciarios quisiesen ser herederos con la obligacion de restituir toda la herencia; para que tuviesen alguna utilidad, se estableció que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia, se quedasen con la cuarta parte líquida de la en que fuesen instituidos, y se ha llamado *cuarta trebeliánica*, aun entre nosotros (3), cuyo nombre tomó entre los romanos (iy).

6—A distincion de lo que se observa en la cuarta falcidia, debe el heredero fiduciario incluir en la trebeliánica todo lo que el testador le haya legado, y los frutos que percibió de la herencia miéntras la tuvo en su poder (4), y si éstos equivalen á aquella, la restituirá entera al fideicomisario; mas si no equivalen, puede detraer únicamente lo que falta para completar la cuarta (5). Pero si importaren mas los frutos, que lo que él debe percibir por razon de ésta, si el testador le señaló dia para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, entónces hace suyos todos los frutos que percibiere hasta ese dia, aunque como hemos supuesto, asciendan á mas. Pero si no le señaló dia cierto, y él fué moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que esceda de su cuarta parte (6).

(3) Ley 14 tít. 5 Part. 6 al fin.

(iy) El Senado-consulto trebeliano se estableció en tiempo de Neron, el 25 de agosto del año 814 de la fundacion de Roma, siendo Cónsules L. Anneo Séneca y Trebelio Maximo. Respecto á esta materia reproducimos lo que queda dicho de la cuarta falcidia en la nota (iv), por militar la misma razon; aunque confesamos que muchos intérpretes llevan y defienden la opinion contraria. *Elem.* cit. pág. 33 n. 11.

(4) Ley 8 tít. 11 Part .6.

(5) Dicha ley 8.—(6) Idem.

7—Resta ver en qué casos no tiene lugar la cuarta trebeliánica: 1.º No lo tiene en el testamento del soldado: 2.º Si el testador prohibe que se saque: 3.º Si el heredero, por ignorancia de derecho, restituyó toda la herencia: 4.º Si no hizo inventario: 5.º Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiduciario entrará en ella el fideicomisario por sí (7).

TÍTULO XXIV.

DE LOS FIDEICOMISOS SINGULARES.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 En qué se distinguen los legados y fideicomisos.

Hemos tratado de los fideicomisos universales, que tambien se llaman *herencias fideicomisarias*: síguense los fideicomisos singulares, de los que hablarémos brevemente, porque éstos están igualados en todo á los legados, de suerte que no hay diferencia en cuanto á los efectos que producen unos y otros. De esta manera, todas las disposiciones que hemos notado de los legados, tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos: á quienes se lega, tambien se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado, se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar esta materia por sus partes, sería necesario repetir el título todo de los legados.

2—Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre los legados y fideicomisos, con todo, se

(7) Ley 1 al fin, tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 18 lib 10 Nov. Rec.

distinguen: 1.º En las palabras, pues aquellos se dejan con palabras imperativas, y éstos por medio de ruego [*]: 2.º En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se le tomará despues juramento, y en caso de no querer jurar, será obligado á pagar el fideicomiso; y si jurare falso, pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

SUMARIO.

1 Qué se entiende por codicilo.
2 En qué convienen los codicilos y los testamentos.
3 Quiénes pueden hacer codicilos, y qué no puede hacerse en ellos.
4 Que número de testigos deben concurrir al otorgamiento de un codicilo.

Los *codicilos* no son otra cosa: que *una disposicion ménos solemne ordenada por el testador, á fin de esplicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento* (1) (iz).

[*] Ley 14 tít. 5. Part. 6.

(1) L. 1 tít. 12 P. 6. *Escritura breve que fazen algunos omes despues que son fechos sus testamentos ó ante.*

(iz) Este nombre lo tomaron de la palabra *códice;* y es propiamente un diminutivo suyo; los codicilos no fueron antiguamente otra cosa que cartas. Los latinos usaban de la palabra *epistolæ* con relacion á los escritos enviados á un ausente: de la de *codicilli* ó *libelli* para designar los escritos enviados á los que viven en la misma poblacion; y de la de *litteræ,* aplicándola á todo género de escritos.

2—Convienen los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad; pero se diferencian: 1.º En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo ménos solemne (2): 2.º Que cuando hay testamento no suceden, ni pueden suceder los herederos ab intestato; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado, como intestado: 3.º Que en el testamento para que valga como tal, es necesaria la institucion de heredero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos (3). Y de aquí facilmente se deduce de cuantas maneras son los codicilos. Unos se llaman *escritos*, y son aquellos que se reducen á escritura; y otros *nuncupativos*, y son los que se hacen por viva voz (4). Hay otra division de los codicilos, y es: que unos son de *testado*, y otros de *intestado*: aquellos se hacen por el que primero ordenó testamento; éstos por el que quiso morir sin testamento; y así, los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, y los segundos absolutamente *codicilos ab intestato*.

3—Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se colijen de la definicion dada; de la cual inferimos: 1.º Que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos (5), pues éstos no son otra cosa que un testamento ménos solemne: 2.º Que en los codicilos no se puede instituir heredero directamente (6). La razon es, porque esta institucion es una cosa solemne; y así, no se puede hacer sin todas las solemnidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma so-

(2) Ley 3 del mismo tít. 12.—(3) Ley 2 de dicho tít.
(4) Ley 1 al fin tít. 12 Part. 6—(5) Ley 1.—(6) Ley 2.

lemnidad de testigos, que para el testamento de esta especie (7), valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejará de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada, tampoco producirá efecto la desheredacion, ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en él se pusiese al heredero instituido en el testamento (8). ¿Qué es, pues, lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir o quitar los legados; hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte: se podrá finalmente nombrar el delito que cometió el heredero instituido en el testamento contra el testador, y por el cual no merece la herencia; y siéndole probado, quedará impedido de ser heredero (9) (oa): 3.º Que se pueden hacer muchos codicilos y todos valen, no siendo contrarios (10); pero en los testamentos, el posterior deroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes, instituyendo heredero.

4—Finalmente: en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban; mas en los nuncupativos ó abiertos, se requieren las mismas solemnidades que en el testamento nuncupativo (11).

(7) Ley 2 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 2 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec.

(8) Dicha ley 2 tít. 12 Part. 6.—(9) Ley 2 ya citada.

(oa) Tambien puede nombrarse tutor, el cual deberá despues ser confirmado por el juez; lo cual no es necesario, siendo nombrado en testamento. Tapia cit., lib. 2 tít. 2 cap. 22 n. 2.

(10) Ley 3 tít. 12 Part. 6. Ley 3 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec.

(11) Ley 2 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 2 tít. 10 lib. 10 Nov. Rec.

APÉNDICE

DE LOS TESTAMENTARIOS.

SUMARIO.

1 Quiénes se dicen albaceas.
2 Cuántas especies hay de ellos.
3 Cómo se subdividen los testamentarios y dativos.
4 Quiénes pueden ó nó ser albaceas.
5 En qué casos es obligatorio el albaceazgo.
6 En cuales casos pueden los albaceas exijir los bienes del heredero.
7 El albacea universal debe hacer inventario formal, y en qué forma debe enajenar los bienes.
8 No pueden delegar su encargo.
9 En qué término debe mostrar el testamento.
10 En qué casos acaba el albaceazgo.
11 Si el albacea tiene derecho á cobrar salario por su trabajo.

AQUEL á quien el testador encarga en su testamento ó en otra disposicion testamentaria, la ejecucion de su última voluntad, se conoce con los nombres de *testamentario, albacea, mansesor, cabezalero ó ejecutor de últimas voluntades* (1).

2—Los albaceas, á semejanza de los tutores, son *testamentarios, legítimos ó dativos*: testamentarios, son los que el testador nombra en su última disposicion: legítimos, son aquellos á quienes compete por derecho, cumplir la voluntad del testador, tal es el heredero; y dativos, los que nombra el juez de oficio, en caso que el nombrado en el testamento ó el heredero, no quieran obsequiar la voluntad del difunto. El obispo tambien es albacea legítimo, respecto à las últimas voluntades pías (2).

3—Los *testamentarios* y *dativos* se subdividen en *universales* y *particulares*: universales, son los elejidos para evacuar en un todo la voluntad del testador, y distribuir entre los pobres ó en otras obras pías y aun profanas, todos los bienes: particulares,

(1) Proemio y ley 1 tít. 10 Part. 6.
(2) Conc. Trid. cap. 8. *Sess.* 22 *de reformat.*

son los que nombra el testador ó en su caso el juez, para cumplir tan solo lo concerniente à su alma, legados ú otra cosa particular (3).

4—El incapaz de testar, lo es tambien de ser albacea; pero pueden serlo tanto los ausentes como los presentes; uno ó muchos, el heredero, ó el estraño, el clérigo y el lego (4), el mayor de diez y siete años, porque a esta edad le permite el derecho ser procurador en cualquier negocio estrajudicial (5), y así en cumpliéndolos, no se le escluye de este encargo, mayormente cuando por costumbre se le tolera como a la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real (6). Puede asimismo serlo el escribano que autoriza el testamento, á ménos que reporte alguna utilidad de este encargo, pues entónces no podrá serlo; y los religiosos con espresa licencia de sus prelados, á escepcion de los que profesan la regla de San Francisco, á quienes está absolutamente prohibido (7), bien que podian ser nombrados para dar consejo á los albaceas (8).

5—El albacea no puede ser obligado á admitir este cargo; pero una vez admitido debe cumplirle con exactitud, en el término que hubiere señalado el testador. No habiendo este señalamiento, deberá evacuarlo *lo mas ayna sin alongamiento é sin esca-*

(3) Goyena, en su *Febrero* citado n. 1494 á 1501: Tapia, *Febrero novis.* lib. 2 tít. 2 cap. 17 n. 1, 2 y 3. Escriche, verb. *Albacea.*

(4) Proemio y ley 1 tít. 10 Part. 6; y Carpio *de executorib.* lib. y cap. 1, n. 36 y cap. 2.

(5) Matienzo, glos. 8 n. 5. Ley 1 tít. 19 lib. 10 N. R.

(6) Ley 8 tít. 5 lib. 3. Tapia, lib. 2 tít. 2 cap. 17, n. 2.

(7) Cap. *Religiosus executor* 2 *de testam. in* 6, y Clem. *de Relig. executor.*

(8) Cap. últ. ℥. 1. *de offic. jud. delegati.*

tima ninguna (9), y á mas tardar dentro de un año contado desde la muerte del testador. Si hubiese varios y algunos no quisieren ó no pudieren cumplirlo, será válido lo que hagan los restantes (10). Cuando por descuido ó malicia no ejecutaren la voluntad del testador, y fueren amonestados y removidos, pierden la parte que les dejaba en el testamento; pero si fueren descendientes deberà quedarles salva la legítima (11); disposicion que nos parece tambien estensiva á los descendientes: si nada tenian que haber, deben pagar al interesado el daño que se le cause, y ademas dos mil maravedís á la real Cámara (12).

6—El deber de los albaceas es cumplir la voluntad de los testadores en los términos en que éstos la hubieren espresado (13). Pero no podrán obligar á los herederos á que les entreguen los bienes del finado para cumplir sus mandas, que deberàn ser directamente reclamadas de aquellas personas en cuyo poder existieren los bienes por los legatarios. Sin embargo, hay cuatro casos en que el albacea puede hacerlo, y son: 1.º cuando la manda es para obras pías: 2.º cuando tiene por objeto el socorro ó alimentos de huérfanos ú otras personas: 3.º cuando el testador legó alguna cosa á otro juntamente con el albacea; y 4º, cuando en el testamento se le dá poder ámplio para demandar en juicio y fuera de él, los bienes, á fin de cumplir lo que en él se halla dispuesto (14).

7—El albacea universal debe hacer inventario formal ante escribano y testigos, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque el testador lo releve de

(9) Ley 6 tít. 10 P. 6.—(10) Ley 6 citada.—(11) Ley 8.
(12) Leyes 8 citada, y 5 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec.
(13) Ley 3 tít. 10 cit.—(14) Ley 4, allí.

ello (15). Si para cumplir lo dispuesto por el testador necesita vender parte de sus bienes ó todos, no deberá hacerlo sino en pública subasta, sin que nada pueda comprar él, bajo pena de nulidad de la compra, y del cuatro tanto para el fisco (16).

8—Tampoco podrán los testamentarios delegar su encargo sin espresa autorizacion del testador, y aun concedida ésta no valdrá en todos los casos, porque se creé elejida su industria, habilidad y buena conducta (17); por lo que como personalísimo, este cargo no es transmisible á los herederos.

9—Se advierte que, aunque por la ley (18) el albacea que tuviere en su poder el testamento del difunto, debe mostrarlo al juez en el término de un mes, bajo la pena de perder la manda que se le hubiere hecho, cuya pena tambien tiene si renuncia el albaceazgo (19), en caso de que el testador le hubiese encargado por cláusula en el testamento, ó probada por testigos que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*; no tendrá obligacion de dar cuenta ni de declarar las personas á quienes se le manda entrégar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder (20), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (21).

10—El encargo de albacea se acaba por su muerte; por la revocacion que haga el testador del nombramiento anterior de albacea; por enemistad que

(15) Tapia, lib. 2 tít. 2 cap. 17 n. 5.
(16) Leyes 62 tít. 18 Part. 3, y 1 tít. 12 lib. 10 Nov. Rec.
(17) Goyena, n. 1520 y Cap. 2 §. 1 *de testam. in* 6.
(18) Ley 5 tít. 18 lib. 10 Nov. Rec.
(19) Sala mejicano lib. 2 tít. 6 n. 34.
(20) Clement. *de testam.* y Sala cit. n. 45.
(21) Sala, lug. cit. n. 35.

sobrevenga entre ámbos; por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario; por el transcurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa del nombramiento de albacea. Algunos quieren (22) que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio; pero lo niegan otros (23).

11—Fuera del caso en que se hubiese convenido entre el testador ó comisario y albacea que se pagase á éste algun salario en retribucion de su trabajo, hay discordancia entre los autores sobre si deberá ó no darse á los testamentarios algun salario; mas esta disputa parece terminada del todo en vista de la ley (24) que previene, que los albaceas no pueden pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, en atencion á ser este un encargo piadoso, y de consiguiente gratuito [*].

(22) Espin. glos. 28 n. 36.
(23) Molin. tr. 2 d. 247 n. 14.
(24) Real cédula de 20 de setiembre de 1786.

[*] Paz, *en sus Consultas y pareceres,* dice: el albaceazgo es verdadero mandato, y consiguientemente se habia de hacer debalde; mas ya comunmente se recibe con paga del trabajo, y lleva ordinariamente el albacea tres por ciento de lo que entra en su poder en dineros, y de los demas géneros que han menester mas beneficio y ocupacion, cinco por ciento, y esto se ha introducido aun entre muy amigos, por ser el albaceazgo cargo penoso y trabajoso, y por esta causa ya el uso y costumbre ha pasado al albaceazgo de mandato verdadero que era, á una conduccion honrada y mandato *secundum quid.* Clase 3 n. 59 y clase 11 n. 45.

FIN DEL TOMO II.

FÉ DE ERRATAS.

Pág.	*Lín.*	*Dice*	*Léase.*
26.	cita (7).	Ley 5 tít. 18 Part. 3.	Ley 5 tít. 28 Part. 3.
45.	lín. 7.	¿de quienes eran. .	¿de quién serán.
57.	24.	ó una persona. . .	á una persona.
75.	2.	á propiedad.. . . .	á la propiedad.
108.	22.	de los bienes . . .	en los bienes.
109.	20.	posecion	posicion.
114.	cit. (43).	Part. 3.	Part. 5.
128.	lín. 15.	regular	irregular.
133.	not. (ak)	parah acer . . .	para hacer.
156.	lín. 6.	mereza	merezca.
162.	19.	hecba	hecha.
181.	4.	*varidad*	*variedad.*
219.	15.	añoce de	año cede.
225.	5.	confire	confiere.
230.	30.	tres partes	tres cuartas partes.



ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

LIBRO II.

